Friedhelm Schmitz - Herscheidt

Zur Gestaltung des Personenwechsels in der OHG aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0017

Zur Gestaltung des Personenwechsels in der OHG aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch
die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Friedhelm Schmitz-Herscheidt

aus Essen

1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Leffson
Dekan: Prof. Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Dezember 1966

Überblick

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	II
A) Rechtswissenschaft	II
B) Betriebswirtschaftslehre	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Inhaltsübersicht zur Dissertation	XXVII
Text der Dissertation	1 - 270

Schrifttumsverzeichnis

A) Rechtswissenschaft:

I. Kommentare

Baumbach-Duden
Kommentar zum HGB - 15. Aufl. München-Berlin 1962
16. Aufl. München-Berlin 1964

Düringer-Hachenburg
Kommentar zum HGB - II. Band, 1. Hälfte: Allg. Einl., erläutert von Geiler, 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
(Zit.: Dür.-Hach.-Geiler II 1)

II. Band, 2. Hälfte, §§ 105-177; 335-342; 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932, erl. von Bing, Flechtheim u.a.

Erman
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - 2. Aufl., Münster 1958
3. Aufl., Münster 1962, Erster Band und Zweiter Band bearb. von Arndt u.a.

Kersten-Küntzel
Formular-Buch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit - 7. Aufl., Köln-Berlin 1953

Lange, Rudolf
Kommentar zum Grundstücksverkehrsgesetz, München-Berlin 1962

Lange-Wulff
Kommentar zur Höfeordnung, 5. Aufl., München-Berlin 1961

Oertmann, Paul
Kommentar zum BGB, 5. Aufl., Berlin 1928
Zweites Buch, Erste Abteilung: §§ 241-432

Palandt
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- 22. Aufl., bearb. von Danckelmann u.a., München und Berlin 1963

Planck
Kommentar zum BGB, 2. Buch: Recht der Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 1914, bearb. von Siber; V. Band: Erbrecht, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1930; bearb. von Brodmann u.a.

Reichsgerichtsräte-Kommentar
zum HGB - I. Band, §§ 1 - 104 HGB; 2. Aufl., Berlin 1953 bearb. von Würdinger
(Zit.: Würdinger in RGRK z. HGB)

II. Band, §§ 105 - 177; 335 - 342, erläutert von Weipert, 2. Auflage, Berlin 1950
(Zit.: Weipert in RGRK z. HGB)

Reichsgerichtsräte-Kommentar
zum BGB - Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl.
I. Band 2. Teil: §§ 241-432, Berlin 1960, bearb. von Fischer u.a.
II. Band 2. Teil: §§ 705-853, Berlin 1960, bearb. von Fischer u.a.
V. Band 1.Teil: §§ 1922-2146, Berlin 1060, bearb. von Johannsen und Kregel
V. Band 2. Teil: II 2147-2385, Berlin 1961, bearb. von Johannsen und Kregel
(Zit.: BGB-RGRK)

Ritter, Carl
Kommentar zum HGB mit Ausschluß des Seerechts - 2. Aufl. München-Berlin 1932

Roquette
Kommentar zum Mieterschutzgesetz, München-Berlin 1956

Schlegelberger
Kommentar zum HGB - 1. Band, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1960, erl. von Geßler u.a.
2. Band, 4. Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1963, erl. von Geßler u.a.

Soergel-Siebert
Kommentar zum BGB - I. Band: §§ 1 bis 432, Stuttgart 1959
II. Band: §§ 433 bis 853, Stuttgart 1962
IV. Band: §§ 1297 bis 1921, Stuttgart 1963
V. Band: §§ 1922 bis 2385, Stuttgart 1961

Staub
Kommentar zum HGB - 14. Aufl., Berlin-Leipzig 1933, bearb. von Pinner u.a.

Staudinger, J.
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - I. Band: §§ 1-240, 11. Aufl., Berlin 1957, erl. von Brändel und Coing
II. Band 1. Teil - §§ 241-245, 10. Aufl., Berlin 1940/41, erl. von Weber
II. Band Teil 1b - § 242, 11. Aufl., Berlin 1961, erl. von Weber
II. Band 2. Hälfte - §§ 324-432, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig 1930, bearb. von Werner
II. Band 4. Teil - §§ 705-740, 11. Aufl., Berlin 1958, erl. von Keßler u.a.
II. Band 2. Teil - §§ 433-610, 11. Aufl., Berlin 1955 erl. von Kiefersauer u.a.
V. Band 1. Teil - §§ 1922-2196, 11. Aufl., Berlin 1954, erl. von Boehmer u.a.
V. Band 2. Teil, §§ 2197-2385, 10./11. Aufl., Berlin 1960 erl. von Dittmann u.a.

Sudhoff, Heinrich
Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften - Kommentar - München und Berlin 1959

Wöhrmann
Das Landwirtschaftsrecht der Britischen Zone
Bleckede 1951

Wormit-Ehrenforth
Reichsheimstättengesetz - Kommentar -
3. Aufl., Köln-Berlin 1960

II. Lehrbücher

Bartholomeyczik, Horst
Erbrecht - 6. Aufl., München und Berlin 1964 (Zit.: ErbR)

Blomeyer, Arwed
Allgemeines Schuldrecht - 3. Aufl., Berlin und Frankf. 1964
(Zit.: SchuR)

Endemann, Friedrich
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts - Teil 3: Erbrecht
8./9. Aufl. Berlin 1920

Enneccerus-Lehmann
Recht der Schuldverhältnisse - 14. Bearb. Tübingen 1954,
15. Bearbeitung Tübingen 1958

Enneccerus-Nipperdey
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - 15. Aufl.
Erster Halbband Tübingen 1959
Zweiter Halbband Tübingen 1960

Esser, Josef
Schuldrecht - Allg. und Besonderer Teil
1. Aufl. Karlsruhe 1949; 2. Aufl. Karlsruhe 1960

v. Gierke, Julius
Handels- und Schiffahrtsrecht - 7. Aufl., Berlin 1955
8. Aufl., Berlin 1958

Haff
Institutionen des Deutschen Privatrechts
Band I, Stuttgart 1927

Heck, Philipp
Grundriß des Schuldrechts - Tübingen 1929 (Zit.: SchuR)

Hübner
Grundzüge des deutschen Privatrechts - Leipzig-Erlangen 1922

Hueck, Alfred
Das Gesellschaftsrecht - 9. Aufl., München 1959
10. Aufl., München 1960

Hueck, Alfred
Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft - 2. Aufl.,
Berlin 1951
3. Aufl. Berlin 1964

Kipp-Coing
Erbrecht - 10. Bearb. Tübingen 1955
11. Bearb. Tübingen 1960
12. Bearb. Tübingen 1965

Lange, Heinrich
Lehrbuch des Erbrechts - München-Berlin 1962 (Zit.: ErbR)

Ders.
BGB - Allgemeiner Teil - 6. Aufl., München und Berlin 1963

Larenz, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts,
- I. Bd.: Allgem. Teil - 5. Aufl., München und Berlin 1962
6. Aufl., München und Berlin 1963
- II. Bd.: Besonderer Teil -
5. Aufl., München und Berlin 1962
6. Aufl., München und Berlin 1964

Lehmann, Heinrich
Gesellschaftsrecht - 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1959
(Zit.: GesR)

Ders.
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches - 13. Aufl., Berlin 1962; 14. Aufl., Berlin 1963 (Zit.: Allg.T)

Leonhard, Franz
Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1. Band - München und Leipzig 1929

Möhle, Fritz
Die Personengesellschaft - 2. Aufl., Stuttgart 1957

Planitz
Grundzüge des deutschen Privatrechts -
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949

Schumann, H.
Handelsrecht (Teil II Handelsgesellschaften) -
Wiesbaden 1954

Siber, Heinrich
Grundriß des Schuldrechts - Leipzig 1931
(Zit.: SchuR)

v. Tuhr, Andreas
Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts
1. Band München und Leipzig 1910
2. Band 1. Hälfte München und Leipzig 1914

Westermann, Harry
Lehrbuch des Sachenrechts - 2. Aufl., Karlsruhe 1953
3. Aufl., Karlsruhe 1956
4. Aufl., Karlsruhe 1960
(Zit.: SachR)

Wieland, Karl
Handelsrecht Band I - München und Leipzig 1921

Wolff-Raiser
Sachenrecht - 10. Bearb., Tübingen 1957

Würdinger, Hans
Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Personalgesellschaften
Hamburg 1937 (Zit.: Gesellschaften)

III. Einzelschriften, Aufsätze, Dissertationen und Sonstiges

Bach, P.
in Anmerkung zum Urteil des RG vom 12.6.1936 - JW 1936, S. 3118 - JW 1936, S. 3118

Barz, Carl Hans
in Anmerkung zum Urt. des RG vom 6.1.40 - DR 41, 1301 - DR 41, 1303

Becker, K.
Übertragung einzelner gesellschaftlicher Rechte bei Personengesellschaften - GmbH-Rundschau 1951, S. 92 -

Bendel
Das Problem der weichenden Erben im Anerbenrecht
Berlin 1959

Bettermann, Karl-August
Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter
JZ 1951, S. 321

Boehmer, Gustav
Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung
1. Buch: Das bürgerliche Recht als Teilgebiet der Gesamtrechtsordnung, Tübingen 1950
2. Buch 1. Abt.: Dogmengeschichtliche Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1951
2. Abt.: Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, Tübingen 1952 (Zit.: "Grundlagen")

Ders.
Erbfolge und Erbenhaftung - Halle 1927

Ders.
Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben - Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. III, S. 216, Berlin und Leipzig 1929 (Zit.: RG-Festgabe)

Ders.
Zur Rechtsreform des Pflichtteilsrechts - AcP Bd. 144, S. 34

Braga
Zur Rechtsnatur des Pflichtteils - AcP Bd. 153, S. 144

Brönner, Herbert
Die Auseinandersetzung bei der OHG und KG - JR 1949, S. 563

Buchda, Gerhard
Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre
Marburg 1936

Buchwald, Friedrich
Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag - JR 1955, S. 173

Ders.
Abtretung von "Anteilen an einer Personengesellschaft"? - BB 1955, S. 52

Ders.
Gesellschaftsanteil und Erbrecht - AcP Bd.154, S. 22

Demelius, Heinrich
Vertragsübernahme - Jher. Jb. 72, 241

Dietrich, Hugo
Anm. zum Urt. des RG v. 29.10.42 - DR 1943, S. 304

Ders.
Anmerkung zum Urteil des RG v. 4.3.43 - RGZ 170, 392 - in DR 1943, S. 807

Dörstling
Sicherungsabtretung der Forderung an den Schuldner? NJW 1954, S. 1429

Donner, Günther
Mehrheit von Erben eines Kommanditisten im Falle des § 177 HGB - DR 1943, S. 1205

Ders.
Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmanns, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten - DNotZ 1944, S. 143

Eckelt, Ernst
Vermögensanteil und Kapitalanteil - Versuch einer Bestimmung des rechtlichen Kapitalbegriffs - NJW 1954, S. 1905

Eiselt
Die Vererbung der Beteiligung an einer OHG - AcP Bd. 158, S. 319

Flatten, Karl-Josef
Rechtsfolgen beim Tod eines OHG-Gesellschafters, - Stud. u. Praxis 1965, S. 293

Fischer, Robert
Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Erben in einer Personengesellschaft des Handelsrechts - BB 1956, S. 839

Ders.
Anmerkung zum Urt. des BGH v. 10.11.1951 - BGHZ 3, 354 - LM Nr. 1 zu § 105 HGB

Ders.
Anmerkung zum Urt. des BGH v. 22.11.1956 - BGHZ 22, 186 - LM Nr. 1 zu § 139 HGB

Ganssmüller
Anmerkung zum Urt. des BGH vom 21.4.1955 - NJW 1955, S. 1025 - NJW 1956, S. 299

v. Gierke, Otto
Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung Berlin 1910

v. Gierke, Julius
Die Fortsetzung der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters - Festgabe für Carl Wieland, Basel 1934, S. 97

Gieseke
Höchstrichterliche Grundsätze für die Schätzung des Unternehmenswertes - ZAKDR 1942, S. 72

Glaser, Hans
Haftungsfragen bei einer mit Erben fortgesetzten offenen Handelsgesellschaft - DB 1956, S. 933

Glunz, Olaf
Vertragliche Regelungen des Abfindungsanspruches bei der Offenen Handelsgesellschaft in den Fällen des Ausscheidens unter Lebenden. - Diss.jur. Hamm 1963

v. Godin, Reinhard
Über den Auseinandersetzungsanspruch des aus der offenen Handelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters - JW 1936, S. 3512

Ders.
Einzelfragen aus dem Recht der offenen Handelsgesellschaft - JR 1948, S. 61

Goroncy, Robert
Bewertung und Pflichtteilsberechnung bei gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln - NJW 1962, S. 1895

Hahn-Mugdan
Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, VI. Band, Materialien zum HGB, Berlin 1897

Hallermann, Hermann
Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei Beteiligung des Erblassers in einer Personengesellschaft - Diss. Münster 1954

Haupt-Reinhardt
Gesellschaftsrecht - 4. Aufl., Tübingen 1952

Heilmann, Hans
Zur Lehre vom ursprünglichen Rechtserwerb bei dem Vertrage zugunsten Dritter - ZHKR, Bd. 113, S. 87

Heinrich
Die Bewertung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke (Verkehrswert und Ertragswert) - Recht der Landwirtschaft 1955, S. 149

Hellwig, Konrad
Die Verträge auf Leistung an Dritte - Leipzig 1899

Hoffmann
Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen - AcP Bd. 158, S. 178

Holch, Georg
Kann die Mitgliedschaft eines OHG-Gesellschafters in seinen Nachlaß und damit in die Verwaltung eines Testamentsvollstreckers fallen? - Diss.jur. Stuttgart 1957

Ders.
Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung? - DNotZ 1958, S. 282

Hölder
Die Ablösung einer Vertragspartei durch einen Dritten - Das Recht 1908, S. 469

Hueck, Alfred
Gesellschaftsvertrag und Erbrecht - DNotZ 1952, S. 550

Ders.
Anmerkung zum Urt. des BGH v. 10.11.51 - BGHZ 3, 354 - JZ 52, S. 114 - JZ 1952, S. 115

Ders.
Anmerkung zum Urt. des LG Bremen vom 27.10.1953 - NJW 1954, S. 477 - daselbst

Ders.
Anmerkung zum Urt. des BGH v. 28.4.1954 - BGHZ 13, 179 - JZ 1954, S. 503 - JZ 1954, S. 504

Ders.
Anmerkung zum Urt. des BGH v. 22.11.1956 - JZ 1957, S. 220 - JZ 1957, S. 222

Ders.
Die Übertragung von Geschäftsanteilen - ZHKR Bd. 83, S. 1

Hueck, Götz
Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht - München und Berlin 1958 (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Band 8)

Hueck, Alfred
Anmerkung zum Urt. des BGH v. 22.2.1960 - JZ 1960, S. 490 - JZ 1960, S 491

Ders.
Das Recht der offenen Handelsgesellschaft - 2. Aufl. Berlin 1951, 3. Aufl. Berlin 1964

Kaufmann, E.
Zur Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Vermögensbindung - JZ 1959, S. 522

Klauss, Herbert K.
Der Gesellschaftsvertrag in seiner zweckmäßigsten Form. Der Vertrag der OHG, KG, Gesellschaft d. Bürgerl. Rechts und der GmbH - 6. Aufl., Ludwigshafen a.Rh., 1965

Kluckhohn, Wilh.
Die Verfügungen zugunsten Dritter - München 1914

Knöchlein, Gerhard
Abfindungsvereinbarungen bei Personalhandelsgesellschaften - DNotZ 1960, S. 452

Kohler
Pflichtteil und Preisstop - NJW 1951, S. 548

Krückmann, Paul
Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen - Jher.J.Bd. 74, S. 69

Küster, Werner
Zur Frage der Gestaltbarkeit der Rechtsnachfolge für den Todesfall bei der OHG - DNotZ 1956, S. 460

Lamers, Manfred
Die Kommanditeinlage der Miterbengesellschafter - MDR 1960, S. 888

Larenz, Karl
Zur Lehre der Rechtsgemeinschaft - Jher.Jb. Bd. 83, S. 108

Lehmann, Heinrich
Die Abtretung von Verträgen - Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London - Beiträge zum Bürgerlichen Recht; Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Berlin und Tübingen 1950, S. 382

Lent, Friedrich
Zur Lehre von der Partei kraft Amtes - ZZP Bd. 62, S. 129, Berlin 1941

Liebisch
Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters - ZHKR Bd. 116, S. 128

Ludewig, Wilh.
Die Ermächtigung nach bürgerlichem Recht - Marburg 1922

Merkel, Kurt
Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer OHG - BB 1956, S. 835

Michaelis, Karl
Zur Rechtsstellung des Gesellschaftererben - ZAKDR 1943, S. 233

Ders.
Erbenstellung und Gesellschafterstellung in der Personalgesellschaft - Rechtsspiegel der Wirtschaft 1944, S. 197

Motive
zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. V. Erbrecht - Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888

Parr, Klaus-Jürgen
Die Nachfolge der Erben in eine Offene Handelsgesellschaft im Hinblick auf die Pflichtteilsberechtigten
Diss. Köln 1965

Patzschke, Oswald
Probleme in bezug auf das Weiterbestehen der offenen Handelsgesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters - ZHKR Bd. 113, S. 1, 1950

Paulsen
Das "Gesetz" der dritten Generation. Erhaltung und Untergang von Familienunternehmungen - Der praktische Betriebswirt 1941, S. 271

Petersen, A.
Zum Verhältnis von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Nachfolge von Erben in eine Personalgesellschaft - JZ 1960, S. 211

Ders.
Zur Gestaltung von gesellschaftsvertraglicher Nachfolgegestaltung und letztwilliger Verfügung bei der Nachfolge von Erben in einer OHG - BB 1963, S. 331

Protokolle
der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. V, Erbrecht, bearb. von Achilles u.a., Berlin 1899

Rauch, Horst
Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Personalgesellschafters, Diss. Würzburg 1965

Rehlinger, Karin
Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bei den Personengesellschaften - Diss.jur., Hamburg 1958

Reinicke, G. u. D.
Lebensversicherung und Nachlaßgläubiger - NJW 1956, S. 1033

Dieselben
Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht - NJW 1957, S. 561

Reithmann, Chr.
Die Wertsicherungsklausel in der neueren Rechtsprechung - DNotZ 1960, S. 172

Richardi, Reinhard
Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft - Berlin und Frankfurt a.M. 1961

Rittner, Fritz
Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft (III): Der Zugewinnausgleich - Fam.RZ 1961, S. 505

Rötelmann
Der Wegfall unentbehrlicher Gesellschafter bei der OHG und KG - NJW 1956, S. 1617

Ders.
Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall - NJW 1959, S. 661

Rokas, Nikolaos
Die Teilhaberschaft an der Offenen Handelsgesellschaft und ihre Vererbung - Berlin 1965

Rosenberg
Verträge zugunsten Dritter im Sachenrecht - DJZ 1912 - S. 542

Schlicht
Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklauseln (§ 139 HGB)? - NJW 1954, S. 984

Schnabel, Rudolf
Die Möglichkeit des Personenwechsels im Recht der Personalgesellschaften - Diss.jur., Köln 1937

Schneider-Zartmann-Martin
Familienunternehmen und Unternehmertestament - 3. Aufl., Heidelberg 1960

Schönle, Herbert
Der Abfindungsanspruch des ausscheidenden OHG-Gesellschafters - DB 1959, S. 1427

Schumann
Die Übertragung von Gesellschaftsanteilen - Rechtsspiegel der Wirtschaft 1944, S. 151

Schwarze, Paul
Die Vermögensauseinandersetzung beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Personalgesellschaft - Veröffentlichungen der Schmalenbach-Vereinigung Bd. 9, Leipzig 1937

v. Schwerin
Grundzüge des deutschen Privatrechts - Berlin u. Leipzig 1919

Siber, Heinrich
Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht - Festgabe für Rudolph Sohm, S. 1, München und Leipzig 1915 (Zit.: "Verfügungsgeschäfte")

Ders.
Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit - Jher.Jb.Bd. 70, S. 223

Sieben, Georg-Adam
Die Abfindung des aus der offenen Handelsgesellschaft ausscheidenden Gesellschafters - Diss.jur., Gießen 1937

Siebert, Wolfgang
Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis - Marburg 1933
(Zit.: "Treuhandverhältnis")

Ders.
"Schenkung" - Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. VI, Berlin 1938, S. 144

Ders.
Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft - Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Heft 13/13a, Karlsruhe 1954 - 3., um einen Anhang erweiterte Aufl., Karlsruhe 1958
(Zit.: GV und ErbR)

Ders.
Die Nachfolge von Todes wegen in die Mitgliedschaft des Gesellschafters einer Offenen Handelsgesellschaft - NJW 1955, S. 809

Ders.
Aktuelle Rechtsfragen zur Mitgliedschaft in Personengesellschaften - StbJB 1955/56, S. 299

Ders.
Nachfolge eines Miterben in die Gesellschafterstellung bei der offenen Handelsgesellschaft - BB 1957, S. 18

Ders.
Zur Gestaltung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters - Festschrift für Alfred Hueck, München-Berlin 1959, S. 321

Ders.
Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln und Pflichtteilsrecht - NJW 1960, S. 1033

Ders.
Die Rechtsnachfolge beim Tode eines Gesellschafters einer OHG - BB 1956, S. 837

Sommer
Der Testamentsvollstrecker im Handelsrecht - DNotZ 1936, S. 937

Steding
Das Leihwesen in der Landwirtschaft - Agrarwirtschaft 1956, S. 299

Sudhoff, Heinrich
Auseinandersetzungsguthaben und Gesellschaftsvertrag - NJW 1949, S. 88

Ders.
Kapitalbeteiligung und Einbringung bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft - NJW 1956, S. 321

Ders.
Ist die offene Handelsgesellschaft unsterblich? - DB 1959, S. 1391

Sudhoff, Heinrich
Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsanspruch - DB 1961, S. 1573

Ders.
Gesellschaftsrechtliche Abfindungsklauseln bei Errechnung des Pflichtteils- und Zugewinnanspruchs - NJW 1961, S. 801

Ders.
Die Regelung der Unternehmensnachfolge bei noch jugendlichen Erben - DB 1966, S. 653

Ders.
Beteiligung der Kinder am väterlichen Unternehmen - DB 1965, S. 1545

Ders.
Gesellschaftsrechtliche Abfindungsklauseln - DB 1965, S. 655

Tiedau, Erwin
Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht - MDR 1957, S. 641

Ders.
Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln - MDR 1959, S. 253

Tiefenbacher, Erhard
Die Personengesellschaft und das neue eheliche Güterrecht - BB 1958, S. 565

Unterberg, Hans
Die Verhinderung der Auflösungswirkungen bei der offenen Handelsgesellschaft - Diss. jur., Köln 1939

Visarius, Günther
Gefahren für den Betrieb aus Ehe, Familie und Erbfolge. Zweckmäßige Maßnahmen des Unternehmers in rechtlicher und steuerlicher Hinsicht. - Heidelberg 1965

Weiler, Ferdinand
Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers - DNotZ 1952, S. 283

Weipert, Otto
Anmerkung zum Urt. des BGH v. 8.10.1953 - JR 1954, S. 59 - JR 1954, S. 60

Wesenberg, Gerh.
Verträge zugunsten Dritter - Weimar 1949

Westermann, Harry
Die Auswahl des Nachfolgers im frühzeitigen Unternehmertestament - Festschrift für Ph. Möhring, 1965, S. 183

Wieacker, Franz
Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung - Deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 6, Hamburg 1941, S. 49

Ders.
Zur lebzeitigen Zuwendung auf den Todesfall - Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956, S. 271

Wiedemann, Herbert
Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften - München und Berlin 1965

Wolf
Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen "offenen" Gesellschafters - NJW 1954, S. 1549

Würdinger, Hans
Betrachtungen zur Reform der Personalgesellschaften - AcP Bd. 144, S. 129

Zitelmann, Ernst
Die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen - Jher Jb, Bd. 73, S. 185

Zunft
Unklarheiten zu § 139 HGB - NJW 1957, S. 1129

B) Betriebswirtschaft:

Albach, Horst
Zur Bewertung von Wirtschaftsgütern mit dem Teilwert Wpg 1963, S. 624

Anders, H.
Gewinnsteuern bei der Ertragswertermittlung von Unternehmungen - Wpg 1953, S. 151

Auler, W.
Der Unternehmungsmehr- und -minderwert in der Bilanz - ZfB 1927, S. 653; 726; 839;

Axer, E.
Der Verkaufswert industrieller Unternehmungen - Berlin 1932

Bankmann, Jörg
Die Bewertung von stillen Reserven und ihre besondere Problematik - Wpg 1959, S. 148

Ders.
Der Substanzwert - Essen 1960

Ders.
Der Gedanke der ewigen Rente in der Unternehmensbewertung DB 1963, S. 181

Ders.
Der Schuldenabzug in der Unternehmensbewertung - Wpg 1963, S. 92

Bartke, Günther
Erkenntnisobjekt und Zwecke der Unternehmungsbewertung - BFuP 1960, S. 266

Ders.
Der Vermögenswert der Unternehmung - BFuP 1960, S. 551; 616

Ders.
Die Methoden zur Ermittlung des Gesamtwertes einer Unternehmung - ZfB 1960, S. 736

Ders.
Ist die Problematik der Berechnungsformel für die Unternehmensbewertung gelöst? - Wpg 1961, S. 285

Ders.
Der Zukunftserfolg bei der Unternehmungsbewertung - ZfB 1961, S. 483

Ders.
Die Bewertung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen - Diskussionsbeitrag zu der gleichnamigen Veröffentlichung der Union Européenne des Experts Comptables, Exonomiques et Financiers (U.E.C.) - ZfB 1962, S. 165

Beissner, H.
Zur Frage des landesüblichen Zinsfußes für die Ertragswertberechnung von Unternehmungen - DB 1962, S. 247

Berger, K.
Der Geschäftswert und seine Ermittlung bei Auseinandersetzungen - Praktische Betriebswirtschaft, Berlin 1947, S. 36

Beste, Theodor
Die Regelung der Auseinandersetzungsfrage in den Gesellschaftsverträgen der Personalgesellschaften - ZfhF 18. Jhg. 1924, S. 98

Bodarwé, Ernst
Die Ertragssteuern bei der Bewertung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen - Wpg 1962, S. 281

Ders.
Substanzwert, Ertragswert und Schuldenabzug bei der Bewertung von Unternehmungen - Wpg 1963, S. 89

Ders.
Überlegungen zum Kapitalisierungszinsfuß bei der Berechnung des Ertragswertes von Unternehmungen - Wpg 1963, S. 309

Bredt, Otto u.a.
Die Bewertung von Unternehmungen und Unternehmensanteilen - Düsseldorf 1961

Breidenbach, Berthold
Zur Bewertung stiller Reserven im Substanzwert - DB 1963, S. 1649

Busse v. Colbe
Der Zukunftserfolg - Wiesbaden 1957

Bußmann, F.K.
Die Funktion des Wagnisses bei der Unternehmenswertermittlung - ZfB 1950, S. 702

Diez, Werner
Der Kapitalisierungsfaktor als Bestandteil der Ertragswertrechnung bei der Gesamtbewertung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen - Wpg 1955, S. 2

Fluch, K.
Der Status der Unternehmung - Stuttgart 1930

Forster, Karl-Heinz
Kritische Ertragsdauer und Konkurrenzgefahr bei Bewertung von Unternehmungen - NB 1953, S. 110

Frank, Gundolf
Anmerkungen zur Bewertung ganzer Unternehmungen - Wpg 1963 S. 81

Fritz, J.
Der Wert des Geschäftes im Ganzen, die Kapitalisierung des Geschäftsertrages - ZfhF 1912/13, S. 39; 132

Gelhausen
Probleme der Bewertung von Unternehmen - Wpg 1948, S. 5

Ders.
Unternehmensbewertung und Gewinnsteuern - Wpg 1953, S. 73

Gerstner, P.
Bilanzanalyse - 11. Aufl., Berlin 1944

Gothe, Fried
Warum sollen die Verbindlichkeiten bei der Substanzbewertung des Unternehmens nicht abgezogen werden? - DB 1962, S. 1477

Ders.
Ist die Bruttomethode bei der Unternehmensbewertung nur für den Käufer interessant? - DB 1963, S. 807

Greiner, G.
Kritische Ertragsdauer und Konkurrenzgefahr bei der Bewertung von Unternehmungen - NB 1951, S. 21

Großmann
Neue Forschungsergebnisse zur theoretischen Erkenntnis und praktischen Handhabung des Goodwill - ZfB 1933, S. 449

Günther, Walter
Zur Ermittlung des Unternehmensertragswertes - DB 1961, S. 988

Ders.
Substanzwert und Ertragswert bei der Unternehmungsbewertung - DB 1962, S. 577

Günther, Walter
Einordnung der Risiken in die Unternehmensbewertung - DB 1962, S. 1053

Gutenberg, Erich
Geschäftswert in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft - 2. Aufl., 1. Band, Sp 2040, Stuttgart 1938

Hagest, K.
Die Ermittlung des Wertes von Unternehmungen - Wpg 1950, S. 193

Harrer, Herbert
Das Unsicherheitsmoment beim Ertragswert. Versuch seiner rechnerischen Abgrenzung - DB 1956, S. 309

Hartmann, Bernhard
Zur Praxis der Unternehmenswert-Ermittlung - Aktuelle Betriebswirtschaft - Festschrift für Konrad Mellerowicz, Berlin 1952, S. 178

Ders.
Die Ermittlung des Firmenwertes - Wiesbaden 1958

Hast, Karl
Die Gesamtbewertung von Unternehmungen - Betriebswirtschaftliche Beiträge 1948, S. 36

Heigel, Anton
Die Bewertung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen - Diskussionsbeitrag zu der gleichnamigen Veröffentlichung der Union Européenne des Experts Comptables, Economiques et Financiers (U.E.C.) - ZfB 1962, S. 513

Henzler, R.
Ertragswert und Steuern vom Gewinn - Deutsche Zeitung und Wirtschaftszeitung 1953, Nr. 15, S. 14

Herzog, Richard
Der Substanzwert im Rahmen der Unternehmensbewertung - - DB 1962, S. 1615

Heudorfer
Zur Ermittlung des Substanzwertes im Rahmen der Unternehmensbewertung - Wpg 1962, S. 530

Husemann, H.
Errechnung des Mittelwertes aus Ertragswert und Substanzwert bei der Unternehmensbewertung - DB 1951, S. 329

Ders.
Die Ermittlung des Ertragswertes von Unternehmungen - DB 1951, S. 137

Jacob, Herbert
Grundlagen und Methoden der Ertragsvorschaurechnung - ZfhF 1955, S. 324

Jacob, Herbert
Die Methoden zur Ermittlung des Gesamtwertes einer Unternehmung - ZfB 1960, S. 131 und 209

Ders.
Der Zukunftserfolgsbegriff und die Verfahren der Unternehmungsbewertung - ZfB 1961, S. 231

Jonas, Hans
Die Bestimmung des Kapitalisierungszinsfußes bei der Unternehmungsbewertung - ZfB 1954, S. 18; 168; 488;

Ders.
Die Bestimmung des zukünftigen Reinertrages bei der Unternehmungsbewertung - ZfB 1954, S. 168

Ders.
Einige Bemerkungen zur Bestimmung des Verkehrswertes von Unternehmungen - ZfB 1954, S. 18

Ders.
Scheinprobleme bei der Bestimmung des Unternehmungswertes - Wpg 1954, S. 531

Ders.
Zur gutachtlichen Methodik bei der Unternehmungsbewertung - ZfB 1955, S. 271

Kemmtemich, Robert,-Dietrich, Wilhelm
Unternehmungswert - Betriebsvergleich - offene und stille Reserven - Wpg 1956, S. 193

Klinger, K.
Die Problematik der Unternehmungs-Ertragswertberechnung unter dem Aspekt der Gewinnbesteuerung - Wpg 1953, S. 1 u. 217

Ders.
Zur Ermittlung des Unternehmungs-Ertragswertes - DB 1961, S. 577

Ders.
Zur Frage des Kapitalisierungszinsfußes bei der Ertragsbewertung von Unternehmungen - DB 1961, S. 1138 und 1172

Ders.
Der Substanzwert im Rahmen der Unternehmensbewertung - DB 1962, S. 413

Ders.
Der Schuldenabzug bei der Substanzwertermittlung im Rahmen der Unternehmungsbewertung - DB 1963, S. 1095

Koch, Helmut
Zur Diskussion über den Kostenbegriff - ZfhF 1958, S. 355

Ders.
Zur Problematik des Teilwertes - ZfhF 1960, S. 319

Koehler, Herbert
Die Auseinandersetzung in der offenen Handelsgesellschaft - Berlin 1941

Kolbe, Kurt
Gesamtwert und Geschäftswert der Unternehmung - Köln und Opladen 1954 und Köln und Opladen 1958

Ders.
Bemerkungen zu den "Anmerkungen zur Bewertung ganzer Unternehmungen" - Wpg 1963, S. 179

Kosiol, Erich
Bilanzreform und Einheitsbilanz - 2. Aufl., Berlin 1949, S. 145

Krönke, H.
Reproduktionswert, Ertragswert und Gesamtwert der Unternehmung - ZfB 1951, S. 140

Lackmann, Fritz
Theorien und Verfahren der Unternehmungsbewertung - Berlin 1955

Leffson
Die Berücksichtigung von Konkunkturschwankungen bei der Ermittlung des Ertragswertes von Unternehmungen - ZfhF 1950, S. 160

Lehmann, M.R.
Die Ergebnisse der Wertschöpfungsrechnung als Hilfsgrößen bei der Feststellung des Ertragswertes ganzer Unternehmungen - Wpg 1951, S. 265

Ders.
Allgem. Grundsätze für die Bewertung ganzer Unternehmungen - ZfB 1954, S. 65

Ders.
Theorie der Ertragswert-Ermittlung im Rahmen der Unternehmungsbewertung - ZfB 1954, S. 465

Lenel, H.O.
Ertragssteuern und Vermögensabgabe bei der Bewertung von Unternehmungen - Wpg 1953, S. 153

Liebermann, Benedikt
Der Ertragswert der Unternehmungen - Diss., Frankfurt 1925

Liebl
Der Ertragswert der Unternehmung und die Gewinnsteuern - BFuP 1953, S. 70

Littmann
Der Geschäftswert in Handels- und Steuerbilanz - NB 1951, S. 65

Lukes
Der Geschäftswert bei Kleinunternehmen - DB 1954, S. 1016

Mellerowicz, Konrad
Grundlagen betriebsw. Wertungslehre - Berlin 1926

Ders.
Wert und Wertung im Betriebe - Essen 1951

Ders.
Der Wert der Unternehmung als Ganzes - Essen 1952

Ders.
Zur Problematik der Bewertung des Unternehmungsganzen - Wpg 1953, S. 199

Ders.
Zur Problematik der Bewertung des Unternehmungsganzen - Wpg 1955, S. 54

Moral, F.
Die Abschätzung des Wertes industrieller Unternehmungen - 2. Aufl., Berlin 1923

Müller, Horst
Das Auseinandersetzungsguthaben - Der Wirtschaftstreuhänder 1940, S. 180

Münstermann, Hans
Der Gesamtwert des Betriebes - Schweizerische Zeitschrift für kaufmännisches Bildungswesen - Basel 1952

Ders.
Der Veräußerungspreis des Betriebes - Schweizerische Zeitschrift für kaufmännisches Bildungswesen - Basel 1953

Ders.
"Firmenwert" - Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Bd. II, 3. Aufl., 1958, Sp. 1953

Ders.
"Bewertung ganzer Unternehmen" - Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 3. Aufl., Bd. I, 1956, Sp. 1059

Paulsen
Das "Gesetz" der dritten Generation. Erhaltung und Untergang von Familienunternehmungen - Der praktische Betriebswirt 1941, S. 271

Peupelmann
Die Bewertung der stillen Reserven bei der Unternehmensbewertung - DB 1961, S. 1397

Pohmer
Zum Problem des Einflusses gewinnabhängiger Steuern auf die Unternehmenswertberechnung - Wpg 1955, S. 437

Potthoff, Erich
Gesellschaftsverträge der Personalgesellschaften in betriebswirtschaftlicher Betrachtung - Diss., Köln 1941

Potthoff-Zintzen
Die Gesellschaftsverträge der Personalgesellschaften - 2. Aufl., Köln und Opladen 1953

Potthoff-Zintzen-Halft
Handbuch der Gesellschaftsverträge in Personalgesellschaften - 3. Aufl., Köln und Opladen 1965

Prion, W.
Die Lehre vom Wirtschaftsbetrieb, Berlin 1935

Remmlinger, Franz
Unternehmungsbewertung und Ertragssteuern - DB 1963, S. 1263

Reuther, Waldemar
Der Kapitalisierungszinsfuß in der Ertragswertberechnung der Unternehmung - Diss., Gießen, Köln 1933

Rieger, Wilh.
Einführung in die Privatwirtschaftslehre - 1. Aufl., Nürnberg 1928, 2. Aufl., Erlangen 1959

Römer, Peter
Nachfolge- und Bestandssicherung der Personalgesellschaften des Handelsrechts im Erbfall - Berlin 1963

Rummel, K.
Die Verfahren zur Ermittlung des Zeitwertes (Substanzwertes) von Industrie-Anlagen - ZfB 1949, S. 288

Schade, G.
Gemeiner Wert und Ertragswert - Ein Beitrag zur Taxationslehre in "Die private Unternehmung", Mannheim, Berlin, Leipzig 1919

Schmalenbach, Eugen
Der Wert des Geschäfts im Ganzen; Die Kapitalisierung des Geschäftsertrages - ZfhF 1911/12, S. 39; 133; 369;

Ders.
Die Werte von Anlagen und Unternehmungen in der Schätzungstechnik - ZfhF 1917/18, S. 1

Ders.
Theoretische Studie über den gemeinen Wert - ZfhF 1917/18, S. 129

Ders.
Goldmarkbilanz - Berlin 1922

Ders.
Die Beteiligungsfinanzierung - 8. Aufl., Köln-Opladen 1954 (Zit.: Beteil.fin.)

Ders.
Dynamische Bilanz - 12. Aufl., Köln-Opladen 1956

Schmidt, Fritz
Kapitalbildung aus dem Umsatz - ZfgK 1949, S. 176

Ders.
Die organische Tageswertbilanz - unveränderter Nachdruck der 3. Aufl., Leipzig 1929, Wiesbaden 1951
(Zit.: Tageswertbilanz)

Schmidt, W.
Zur Frage des Kapitalisierungszinsfußes bei der Ertragswertberechnung von Unternehmungen - DB 1961, S. 1463

Schnettler, Albert
Die Bewertung von Betrieben nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen - Wpg 1948, S. 13

Ders.
Betriebsanalyse, 2. Aufl., Stuttgart 1960

Schreier, J.
Der Geschäftswert, Begriff, Wesen, Faktoren, Entstehung, Arten, Bewertung, Errechnung, handelsgesetzliche Vorschriften, handelsrechtliche Rechtssprechung, Behandlung in Buchführung und Bilanz, Auseinandersetzung, Auflösung, Steuerrecht usw. - Hamburg 1928

Schubert, A.A.
Berechnung des Geschäftswertes - ZfB 1927, S. 609

Schweizer, Peter
Die Berücksichtigung der Gewinnsteuern bei der Unternehmenswertberechnung - Wpg 1961, S. 513

Ders.
Zum Problem der objektiven Bewertung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen - ZfB 1962, S. 676

Schweitzer, Robert
Der Begriff des Geschäftswertes - ZfHwHp 1929, S. 218

Ders.
Die Berechnung des Geschäftswertes - ZfHwHp 1930, S. 234; 267

Sieben, Günther
Der Substanzwert - Wiesbaden 1963

Ders.
Neue Aspekte der Unternehmensbewertung - ZfB 1963, S. 37

Studienkommission der U.E.C.
Die Bewertung von Unternehmungen und Unternehmungsanteilen, Richtlinien ausgearbeitet von einer Studienkommission der U.E.C. - Veröffentlichungen der Union Européenne des Experts Comptables, Ecomomiques et Financiers (U.E.C.) Düsseldorf 1961 (Richtlinien U.E.C.)

Tgahrt
Der Wert des Geschäfts im Ganzen; die Kapitalisierung des Geschäftsertrags - ZfhF 1912/13, S. 369

Tittel, H.
Firmenwert und stille Reserven beim Ausscheiden von Teilhabern aus Personengesellschaften - BFuP 1949, S. 69 u. S.166

Töndury-Gsell
Finanzierungen - Zürich 1948

Tymkiw, M.
Die Bewertung der Unternehmung als Ganzes - Diss.Erlangen 1947

Velder, Franz
Die Bewertung von Industrieunternehmungen - DB 1955, S. 925

Viel, Jakob
Die Ermittlung des Sach- und Ertragswertes bei der Unternehmungswertberechnung - Wpg 1954, S. 364

Ders.
Probleme der Bestimmung des Unternehmungswertes - Wpg 1954, S. 241

Ders.
Stellungnahme zur Kritik Dr.H.Jonas - Wpg 1954, S. 534

Ders.
Bestimmung des Substanzwertes im Rahmen der Unternehmensbewertung - DB 1962, S. 746

Ders.
Die Bestimmung des Substanzwertes bei der Unternehmensbewertung - Wpg 1963, S. 36

Voß, Heinrich
Unternehmensbewertung und Abschreibungen - ZfhF 1959, S.260

Walb, E.
Betrachtung über Wertarten und stille Reserven im Zusammenhang mit der Frage der Bewertung von Unternehmungen und Unternehmungsteilen sowie der Gesellschafterabfindung - ZfhF 1940, S. 1

Winckelmann, H.
Zum Einfluß der Gewinnsteuern auf den Unternehmungswert - Wpg 1953, S. 181

Zimmerer, Carl
Einige Aspekte der praktischen Durchführung von Unternehmensbewertungen - ZfB 1961, S. 170

Abkürzungsverzeichnis

A	Anmerkung
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Anf.G	Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen außerhalb des Konkursverfahrens v. 20.5.1898
BB	Der Betriebsberater
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitung
DR	Deutsches Recht
EheG	Ehegesetz vom 20.2.1946
FamRZ	Familienrechtszeitschrift
FN	Fußnote
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1898
Hbd	Halbband
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HWB	Handwörterbuch der Betriebswirtschaft
Jher.Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
KO	Konkursordnung vom 10.2.1877
KRABl	Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivil- und Strafsachen
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NB	Neue Betriebswirtschaft, Beilage zu "Der Betriebsberater"

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Entscheidungen der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
Seuff. A.	Seufferts Archiv für Entscheidungen Oberster Gerichte
Stb.Jb.	Steuerberater-Jahrbuch
U.E.C.	Union Européenne des Experts Comptables, Economiques et Financiers
Vorb.	Vorbemerkung
WährG	Erstes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Währungsgesetz) vom 20.6.1948
Warn.	Warneyer's Rechtsprechung des Reichsgerichts
Wpg	Die Wirtschaftsprüfung
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZfhF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZfHwHp	Zeitschrift für Handelswissenschaft und Handelspraxis
ZHKR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30.1.1877
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß

Inhaltsübersicht

Zur Gestaltung des Personenwechsels in der OHG aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters

Seite

Einleitung 1

Hauptteil I

Abgrenzung und Begriffliches 5

Personenwechsel als Fortbestand unter den überlebenden Gesellschaftern oder als Fortführung der OHG mit Dritten 8

Teil I

Gestaltung des Fortbestandes unter den überlebenden Gesellschaftern 8

Abschnitt I: Die Abschichtung aus der Sicht der Gesellschafter 12

Abschnitt II: Verwirklichung des Gesellschafterwillens 18

Kapitel 1: Durch Gesetz 19

A) Der Wert des Gesellschaftsvermögens und seine Ermittlung nach dem Inhalt der gesetzlichen Regelung 19

AA) Wertbestimmung unter Berücksichtigung des Prinzips der Bewertung einer Unternehmung als einheitliches Ganzes 24

I) Die Ermittlung des Reinertragswertes 25

1) Der nachhaltig erzielbare, durchschnittliche Reinertrag der Zukunft 26

a) Der vergangenheitsbezogene Vergleichsgewinn 26

aa) Auswahl des Vergleichszeitraums 27

bb) Sachliche Abgrenzung und Korrektur der in Betracht kommenden Jahreserfolge 28

b) Die Korrektur des Vergleichsgewinns zum nachhaltig erzielbaren Zukunfts-Reinertrag 38

2) Die Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes 40

II) Korrektur zum Unternehmenswert auf der Grundlage des niedrigeren oder höheren Substanzwertes 44

(Zusammenfassung) 48

BB) Wertbestimmung durch Addition von Einzelwerten 49

I) Die Ermittlung des Substanzwertes 49

1) Bewertungsobjekt 49

Seite

2) Wertermittlung 51

II) Die Berücksichtigung des Geschäftswertes 53

(Zusammenfassung) 57

B) Beteiligung des Ausgeschiedenen an der Differenz zwischen dem festgestellten Wert des Gesellschaftsvermögens und dem Buchwert 58

C) Fälligkeit der Abfindungsforderung 60

D) Beurteilung der gesetzlichen Regelung im Hinblick auf den Gesellschafterwillen 62

Kapitel 2: Verwirklichung durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung 66

A) bei der Beschränkung des Ausscheidens ohne Nachfolger auf einen bestimmten Gesellschafter 66

B) beim Ausscheiden mehrerer Gesellschafter im Todesfall ohne Möglichkeit der Nachfolge eines Dritten 73

AA) Vertragliche Regelung der Abfindungshöhe 73

I) Abfindung zum Buchwert 73

II) Abfindung auf der Grundlage eines zwischen Voll- und Buchwert liegenden Wertes 75

BB) Vertragliche Regelung der Auszahlungszeit; Ergänzungsvereinbarungen 78

C) Zusammenfassende Beurteilung der Verwirklichung durch Gesellschaftsvertrag 81

Teil II

Die Gestaltung der Fortführung der OHG mit Dritten 83

Abschnitt I: Die Nachfolge als personelles Problem 85

Abschnitt II: Der Nachfolgevorgang 96

Kapitel 1: als Fortsetzung der Mitgliedschaft 98

A) Ziel und Zweck der Fortsetzung aus der Sicht der Gesellschafter 98

B) Verwirklichung durch Verfügungswirkung 100

AA) Verfügungswirkung durch Vererbung 101

I) Die Gesellschafterstellung als Gegenstand der Erbfolge 101

II) Erbrechtliche Zuordnungsänderung 105

1) bei der Gesamterbfolge des BGB 105

2) bei der Sondererbfolge außerhalb des BGB 106

III) Die Rechtswirkungen der erbrechtlichen Zuordnungsänderung stehen mit den gesellschaftsvertraglichen Anforderungen nicht im Einklang 111

Seite

IV) Möglichkeiten einer erbrechtlichen Überwindung des Spannungsverhältnisses 113

1) bei einer Fortsetzung der Mitgliedschaft durch alle Erben 113

a) Zuweisung der Mitgliedschaft samt kapitalmäßiger Beteiligung an die Erbengemeinschaft, aber Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch jeden Erben 113

b) Zuweisung der persönlichen Mitgliedsstellung an jeden Miterben, der kapitalmäßigen Beteiligung an die Erbengemeinschaft 115

c) Zuweisung der Mitgliedschaft samt kapitalmäßiger Beteiligung an jeden Miterben 118

aa) Begründung aus dem "Sondergutscharakter" der Mitgliedschaft? 121

bb) Begründung aus einer Analyse der Gesamtregelung des § 139 HGB 123

cc) Maßstab der quantitativen Zuweisung 131

(Zusammenfassung) 136

2) bei einer Fortsetzung der Mitgliedschaft durch einen von mehreren Erben 137

a) Zuweisung der persönlichen Mitgliedstellung an den Gesellschafter-Miterben, der kapitalmäßigen Beteiligung an die Erbengemeinschaft 137

b) Zuweisung der Mitgliedschaft einschließlich einer Kapitalausstattung im Erbquotenverhältnis an den zur Fortsetzung berufenen Miterben 139

c) Zuweisung der Mitgliedschaft samt kapitalmäßiger Beteiligung an den Gesellschafter-Miterben 142

(Zusammenfassung) 149

BB) Verfügungswirkung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall 150

I) Stellungnahme in Literatur und Rechtsprechung 151

II) Gestaltungsmöglichkeiten 153

III) Tatbestandliche Voraussetzungen und die Frage ihrer Erfüllung durch Gesellschaftsvertrag 154

1) beim Verfügungsvertrag als Rechtsgeschäft zwischen dem einzelnen Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger 154

2) beim Verfügungsvertrag als Rechtsgeschäft zugunsten des vorgesehenen Nachfolgers 157

IV) Die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft als generelle Wirksamkeitsvoraussetzung 157

Seite

1) Die Übertragung schuldrechtlicher Vertragsverhältnisse 158

a) Ihre Zulässigkeit 158

b) Der Übernahmevorgang 160

2) Vertragsübernahme und Übertragung der Mitgliedschaft 162

3) Einschränkung der Gestaltungsfreiheit durch den "besonderen Rechtscharakter" der Personengesellschaft? 164

a) "Übertragung" als Verbindung von Austritt und Eintritt. - Theorie der drei Verträge 165

b) "Übertragung" als Verbindung von Abtretung und Aufnahme. - Theorie der zwei Verträge 166

V) Spezielle Wirksamkeitsvoraussetzungen 171

1) der Verfügung unter Beteiligung des vorgesehenen Nachfolgers 172

a) Verfügungsbefugnis des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters 172

b) Vereinbarkeit der Verfügung mit § 2301 BGB 173

(Zusammenfassendes Ergebnis) 176

2) der Verfügung mit Wirkung für den vorgesehenen Nachfolger 178

a) Zulässigkeit eines Verfügungsvertrages zugunsten Dritter 178

b) Als Vertrag zu Lasten Dritter unzulässig? 180

c) Die Anwendung des § 2301 BGB und die Wirksamkeit der Verfügung im Hinblick auf die Vorschrift 185

(Zusammenfassendes Ergebnis) 189

Kapitel 2: Der Nachfolgevorgang als Neubegründung der Mitgliedschaft 190

A) Ziel und Zweck der Neubegründung aus der Sicht der Gesellschafter 191

B) Verwirklichung des Gesellschafterwillens durch 195

AA) Aufnahmevertrag 195

BB) Begründung von Rechten und Pflichten der im Todesfall Beteiligten 197

CC) Beeinflussung des rechtlichen Gehalts der Nachfolger-Mitgliedschaft 199

DD) Zuweisung des Abschichtungsanspruchs an den Nachfolger durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall 199

Seite

I) durch Verfügungsvertrag zwischen dem durch Tod ausscheidenden Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger 200

II) durch Verfügungsvertrag der Gesellschafter zugunsten des vorgesehenen Nachfolgers 204

III) durch treuhänderische Übertragung des Abschichtungsanspruchs auf die überlebenden Gesellschafter 206

(Zusammenfassendes Ergebnis) 213

Die Gestaltung des Personenwechsels in der Zusammenschau 214

Hauptteil II

Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht 217

Teil I

Der ordentliche Pflichtteilsanspruch 217

Kapitel 1: Die Nachlaßzugehörigkeit der Beteiligung des Verstorbenen an der OHG 218

Kapitel 2: Der Wert der Beteiligung im Nachlaß 229

A) im Falle der Fortbestandsgestaltung 230

B) im Falle der Neubegründung der Gesellschafterstellung 231

C) im Falle der erbrechtlich bewirkten Fortsetzung der Mitgliedschaft; Berücksichtigung gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln 232

AA) Der Abfindungswert als Bemessensgrundlage 234

BB) Vollwert und Leistungsverweigerungsrecht 237

CC) Ein endgültiger Zwischenwert als Bemessensgrundlage 245

I) Quantifizierung der Ausscheidungsrisiken 245

II) Ertragswert als Zwischenwert? 249

DD) Interessenausgleich in Anlehnung an § 2313 I BGB 255

(Zusammenfassendes Ergebnis) 260

Teil II

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch 263

Abschließende Betrachtung 266

Einleitung

Die Gestaltung des Personenwechsels in der OHG aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters erfährt ihre Problematik aus dem Spannungsverhältnis zwischen der individualrechtlichen Struktur der Gesellschaft und dem unter mehrfachem Aspekt erkennbaren Erfordernis, den Bestand der OHG weitgehend von der Einzelpersönlichkeit zu lösen.

Der Individualcharakter führt im Falle des Todes eines Gesellschafters nach grundsätzlicher Gesetzesregelung folgerichtig zur Auflösung der OHG (§ 131 Ziff. 4 HGB).

Die mangelnde Stabilität gegenüber dem Wechsel der Mitglieder zeugt von der liberalen Einstellung des Gesetzgebers, der die Bindung der Einzelperson an einen Gesamtwillen ungern in Kauf genommen und auf ein äußerstes Maß beschränkt hat.
Die gesetzliche Regelung ist an wirtschaftlichen Gegebenheiten orientiert, wie sie Jahrzehnte vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vorherrschend waren. "Die Bestimmungen über die Personalgesellschaften des Handelsrechts entstammen in ihrer gegenwärtigen Form den Nürnberger Verhandlungen der Deutschen Bundesstaaten in den fünfziger und sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts. Im Handelsgesetzbuch sind sie wenig verändert worden [1] und daher im wesentlichen auf wirtschaftliche Verhältnisse zugeschnitten, wie sie in Deutschland um die Mitte des vorigen Jahrhunderts bestanden haben."[2]
Damals wurden vorwiegend reine Handelsunternehmen betrieben, mit geringen eigenen Beständen, geringem Anlagevermögen und großer Umschlagshäufigkeit [3]. "Solche Firmen konnte man verhältnismäßig leicht ohne große Betriebsverluste liquidieren" [4].

---

1) § 131 HGB entspricht im wesentlichen dem Art. 123 ADHGB; vgl. auch Hahn-Mugdan, Mat.z.HGB, VI. Bd, S. 269;
2) Würdinger, Betrachtungen zur Reform der Personalgesellschaften, AcP Bd. 144, 129 (132); vgl. auch Schmalenbach, Beteil.fin., S. 108;
3) vgl. Würdinger, a.a.O.; Schmalenbach a.a.O.; Römer S. 17;
4) Schmalenbach a.a.O.;

Unternehmen des gewerblichen Sektors sind mit umfangreichen Anlagewerten ausgestattet. - Nach statistischen Unterlagen, die Schmalenbach [1] mitteilt, betrieben im Jahre 1938 rund 22.000 von 50.500 offenen Handelsgesellschaften Fabrikunternehmen. - Heute nimmt die Kapitalintensität der Wirtschaft ständig zu [2]. - Das gilt auch für reine Handelsbetriebe.

Daraus erwachsen wesentliche Gründe für das Bestreben, die OHG vor der Auflösung aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters zu bewahren; Schäden für die Gesamtwirtschaft und die Gefahr erheblicher Wertverluste sollen abgewendet werden.

Mit dem Hinweis auf den dispositiven Charakter der gesetzlichen Vorschriften ist die Problematik nicht überwunden. - Haben es die Gesellschafter in der Hand, den Personenwechsel im Todesfall zu gestalten, breitet sich das weite Feld der Möglichkeiten aus; zugleich werden Grenzen, Hemmnisse und Schwierigkeiten sichtbar.
Anforderungen und Regelungsbestreben gehen dabei über den einstweiligen, vielfach auch über den bloßen Fortbestand der Gesellschaft hinaus. - Es muß sichergestellt werden, daß der Wegfall eines Gesellschafters durch Tod nicht einen für die OHG unerträglichen Kapitalabfluß zur Folge hat. - Eine vorausschauende, auf lange Sicht geplante, doch die Eventualitäten der künftigen Entwicklung nicht außer acht lassende Nachfolgepolitik vermag den Bestand der Gesellschaft am besten zu gewährleisten. Auswahl und Bestimmung des künftigen Nachfolgers wollen ebenso durchdacht, vorbereitet und geregelt sein wie die Gestaltung des Nachfolgevorgangs selbst.
Die Analyse der Gestaltungsmöglichkeiten erfordert das Abtasten nach Gesichtspunkten der Notwendigkeit, des Vorrangs, der Vorteilserbringung und der Zweckmäßigkeit. Es gilt, gleichgerichtete und gegenläufige Interessen zu erkennen, abzugrenzen und abzuwägen.

---

1) a.a.O.;
2) vgl. Überblick bei Schnettler, Betriebsanalyse, S.41 ff; daselbst statistische Angaben für die Jahre 1950 - 1958;

Das Suchen und Erörtern, Prüfen und Beurteilen, Ablehnen und Befürworten ist Sache der Gesellschafter und bereitet den maßgeblichen Gestaltungswillen vor.

Hiervon hebt sich die Frage der Verwirklichung deutlich ab. Ob eine konkrete, endgültige Vorstellung der Gesellschafter der rechtlichen Anerkennung und Durchsetzung fähig ist, beantwortet sich nach den unterschiedlichen Mitteln, Wegen und Formen, die das Recht bereithält, sowie nach den Voraussetzungen, an deren Erfüllung die Verwirklichung geknüpft ist. - Hier tun sich Grenzen der Gestaltung auf, müssen Hindernisse und Schwierigkeiten beachtet werden, die den vermeintlichen oder vordergründigen Vorteil einer Gestaltungsart rasch verblassen lassen oder - nicht selten - den ursprünglich erkannten Wert in Zweifel ziehen.

Es darf nicht übersehen werden, daß die Realisierung des Gestaltungswillens auf rechtliche Tatbestände und Institute angewiesen ist, die nicht spezifisch auf den Personenwechsel im Todesfall zugeschnitten sind. Rechtliche Bestimmungen können entgegenstehen, tatbestandliche und andere Wirksamkeitsvoraussetzungen die Verwirklichung erschweren oder die Brauchbarkeit für die Praxis in Frage stellen.

Eine gültige Gestaltung wirkt sich möglicherweise auf den Rechts- und Interessenbereich gesellschaftsfremder Personen aus. - Von hierher können sich neue Beurteilungsaspekte ergeben.

Aus dem Gesagten wird deutlich, welchen Gang die Untersuchung nehmen wird.
Vor dem Hintergrund solcher Interessenlagen, wie sie typischerweise anzutreffen sind, werden Vorstellungen aufgezeigt, die für Gesellschafter der OHG bei konkreter Sachlage in der Regel oder doch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit maßgebend sind. - Davon ausgehend wird geprüft, inwieweit und auf welchem Wege der Wille der Gesellschafter rechtlich verwirklicht werden kann.

Die Erörterung stößt auf zahlreiche Probleme und Fragen -

vielfach konstruktiver Art - , die keineswegs als geklärt bezeichnet werden können. Das zeigt die Vielfalt der Gesichtspunkte und Meinungen, die Gegenstand der Untersuchung und Auseinandersetzung sind.
Ein nicht unbeträchtlicher Teil der Ausführungen beschäftigt sich mit dem Verhältnis von Gesellschaftsrecht bzw. Gesellschaftsvertrag und Erbrecht. - Diese überschlägige Ausdrucksweise darf nicht zu der Annahme verleiten, beide Rechtssphären könnten in ihrer Geltung generell und abstrakt gegeneinander abgesteckt werden.
Das Reichsgericht hat gegen Ende seiner Spruchpraxis [1] das Gesellschaftsrecht gegenüber dem Erbrecht pauschal in den Vordergrund gerückt: "Die Rechtsstellung, die der Erbe mit dem Eintritt in die OHG erwirbt, beruht zwar auf der Erbfolge, ihr Inhalt bestimmt sich aber nicht nach den Grundsätzen des Erbrechts, sondern sowohl im Innen- und Außenverhältnis wie auch personen- und vermögensrechtlich ausschließlich nach Gesellschaftsrecht." - Gegen diese allgemeine Formel sind mit Recht Einwendungen erhoben worden [2]. - Eine Kompetenzabgrenzung zwischen beiden Rechtsgebieten ist nur auf der Grundlage der typischen Gestaltungsarten möglich [3].

Das Interesse der Gesellschafter erstreckt sich auch auf die kapitalmäßige Seite der Mitgliedschaft. Die Untersuchung führt daher ins Gebiet der Betriebswirtschaftslehre und geht spezifischen Bewertungsproblemen nach.

Die Vorstellung der Gesellschafter von einer zweckmäßigen Gestaltung des Personenwechsels im Todesfall läuft schnell Gefahr, sich einseitig an den Belangen der Gesellschaft und ihrer Mitglieder zu orientieren; Interessen Dritter bleiben außer Betracht.

---

1) RGZ 170, 392 (394);
2) vgl. Siebert, GV und ErbR, 1954, S. 5;
3) So hat der BGH in einer vielbeachteten Entscheidung sich zu der Auffassung bekannt, im Falle der Fortsetzung der Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters durch einen von mehreren Erben bestimme das Erbrecht, was den einzelnen Miterben unmittelbar von Todes wegen zufalle. - BGHZ 22, 186 ff =NJW 57, 180 (181); zustimmende Anm. von Fischer LM Nr. 1 zu § 139 HGB - Der Rahmen und die Voraussetzungen, unter denen die getroffene Abgrenzung gelten soll, sind klar ersichtlich.

Bedeutung und Wert einer Gestaltung, die sich verwirklichen läßt, kann aber nicht ausschließlich an gesellschaftsinternen Gesichtspunkten gemessen werden, vielmehr müssen die Auswirkungen auf Rechtsbereiche Dritter, die der Gesellschaft fernstehen, sowie deren Rechtspositionen beachtet und in die jeweilige Entscheidung einbezogen werden.

Die Untersuchung beschäftigt sich daher in ihrem zweiten Hauptteil mit den Auswirkungen der Gestaltung des Personenwechsels auf das Pflichtteilsrecht. - Es wird sich zeigen, ob und in welchem Ausmaß die Gesellschafter Pflichtteilsansprüche in Rechnung stellen müssen.

Hauptteil I

Abgrenzung und Begriffliches

Personenwechsel aus Anlaß des Todes

Unter dem Personenwechsel in der OHG ist jede Veränderung im Gesellschafterbestand zu verstehen. Erscheinungsformen sind das Ausscheiden und der Eintritt; zwischen beiden kann ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen, der sich bei entsprechender Verknüpfung als neuer einheitlicher und selbständiger Vorgang darstellt. - Das HGB erwähnt den Personenwechsel in verschiedenen Vorschriften.

Gründe, die an sich die Auflösung der OHG zur Folge haben (§ 131 Ziff. 4-6 HGB), führen zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters aus der fortbestehenden OHG, wenn der Gesellschaftsvertrag dies bestimmt. - Das gilt zunächst, "wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird" (§ 138 HGB). - Die Aufzählung bedeutet keine abschließende Regelung. Der Gesellschaftsvertrag kann beispielsweise für den Fall der Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger (§ 135 HGB) oder für den Fall des Vorliegens eines wichtigen

Grundes (§ 133 HGB) das Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters anordnen.
In bestimmten Fällen läßt sich von Gesetzes wegen derselbe Erfolg herbeiführen, auch wenn eine hierauf gerichtete gesellschaftsvertragliche Vereinbarung fehlt. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters (§§ 140 I, 133 HGB), die Kündigung der Gesellschaft durch einen Privatgläubiger (§§ 141 I, 135 HGB) und die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters (§ 141 II HGB) sind gesetzlich eingeräumte Ausschlußgründe.
Ferner kann ein Erbe nach § 139 II HGB ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus der OHG ausscheiden, wenn die übrigen Gesellschafter seinen Antrag auf Einräumung der Rechtsstellung eines Kommanditisten abgelehnt haben. Während sonst das Ausscheiden die Auflösung der OHG verhindern, zumindest aber - im Falle des § 141 II HGB - die zerstörenden Wirkungen der Auflösung abwehren und den früheren Zustand wiederherstellen soll, hat die Form des Ausscheidens in § 139 II HGB primär Schutzfunktion zugunsten der Erben des verstorbenen Gesellschafters.
Der Eintritt in eine bestehende OHG wird in § 130 HGB als weitere Form der Veränderung im Gesellschafterbestand anerkannt. Die §§ 24, 107 HGB gehen von der Zulässigkeit des Eintritts neuer Gesellschafter aus.
Ausscheiden und Eintritt sind in § 139 I HGB zeitlich und konstruktiv so eng verknüpft, daß es sich um den Übergang ein- und derselben Rechtsstellung auf einen oder mehrere neue Rechtsträger handelt.

Die Untersuchung beschränkt sich auf die Gestaltung des Personenwechsels aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters.
Die Veränderung im Gesellschafterbestand wird durch Tod ausgelöst. Alle anderen Gründe, die einen Personenwechsel nach sich ziehen können, scheiden aus der Betrachtung aus.
Verursacht der Tod die Änderung in der personellen Zusammensetzung der OHG, so kann der Eintritt nicht alleinige Erscheinungsform des Gesellschafterwechsels sein. Der isolierte

Eintritt - ohne voraufgegangenes Ausscheiden - steht nicht zur Erörterung.

Die Gesellschaftsform bleibt erhalten

Die Gestaltung des Personenwechsels aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters wird auf die Möglichkeiten beschränkt, bei denen die Rechtsform der OHG keine Änderung erfährt. - Sonst würde die Untersuchung eine nicht zu rechtfertigende Ausweitung erfahren; ihr Zweck kann auch erreicht werden, wenn Gestaltungsmöglichkeiten, die von der OHG in eine andere Rechtsform - namentlich die KG - überleiten, unerörtert bleiben.
Eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, nach welcher der Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters von vornherein die Stellung eines Kommanditisten oder doch das Recht erhält, diese Rechtsstellung zu begehren, bleibt daher außer Betracht. Dasselbe gilt für die Einräumung der Kommanditistenstellung nach Ausübung des in § 139 I HGB gewährten Wahlrechts.

Keine zwischenzeitliche Auflösung

Die Gestaltung des Personenwechsels soll nicht zu einer Auflösung der OHG führen, selbst wenn die Gesellschaft später aus dem Abwicklungsstadium wieder herausgeführt wird und ihren werbenden Charakter zurückerhält. - Gestaltungsmöglichkeiten, die eine zwischenzeitliche Aufgabe des Erwerbszwecks und Umwandlung in eine Abwicklungsgesellschaft in Kauf nehmen, werden nicht erörtert. Unbeachtet bleibt daher die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, die übrigen Gesellschafter seien im Todesfall berechtigt, die Fortführung der Gesellschaft unter sich zu beschließen. Es scheidet auch der Fall aus, daß die überlebenden Gesellschafter von sich aus - eine entsprechende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages fehlt - die Fortführung der OHG mit den Erben oder - falls diese zustimmen, - unter sich vereinbaren.

Auch die Besonderheiten der zweigliedrigen OHG - Geschäftsübernahme im Todesfall auf Grund gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung oder späterer Abmachung mit den Erben des Verstorbenen - werden nicht untersucht.

Zusammenfassung

Die Abgrenzung ergibt, daß die Gestaltung des Personenwechsels in der OHG erörtert wird, soweit die Veränderung in der personellen Zusammensetzung durch den Tod eines Gesellschafters ausgelöst wird und die OHG hierbei weder ihre Rechtsform noch - wenn auch nur vorübergehend - den Erwerbszweck aufgibt.

Der Personenwechsel als Fortbestand unter den überlebenden Gesellschaftern oder als Fortführung der OHG mit Dritten

In dem aufgezeigten Sinne kann der Personenwechsel zunächst so gestaltet werden, daß die OHG unter den überlebenden Gesellschaftern fortbesteht. Hiermit beschäftigen sich die folgenden Ausführungen. - Die Alternative sieht vor, daß die Gesellschaft mit einem oder mit mehreren Nachfolgern fortgeführt wird, die an die Stelle [1] des Verstorbenen treten. Dieser Sachkomplex wird anschließend erörtert.

T e i l I

Gestaltung des Fortbestandes unter den überlebenden Gesellschaftern.

Die Beschränkung des Gesellschaftsverhältnisses auf die überlebenden Mitglieder der OHG im Falle des Todes eines oder eines bestimmten Gesellschafters kann aus verschiedenen Gründen beabsichtigt oder angezeigt sein.
Die enge Bindung der Mitglieder, hervorgerufen und bedingt durch zweckbezogene, gemeinschaftliche Zusammenarbeit kann

1) Nicht in einem spezifisch-rechtlichen Sinne gemeint.

zu Spannungen und Schwierigkeiten persönlicher oder sachlicher Art führen. Sind auseinanderstrebende Interessen, unterschiedliche Temperamente und widerstrebende Gewohnheiten in der bestehenden Arbeitsgemeinschaft ausgeglichen, Altersunterschiede überbrückt und Kräfteverhältnisse normalisiert worden, so kann der Wille der Gesellschafter dahingehen, den bisherigen Zustand im Todesfalle einstweilen keiner weiteren Beeinträchtigung auszusetzen, als er gerade durch den Tod des betroffenen Gesellschafters erfährt. Eine Fortführung der OHG mit Dritten könnte einen neuen Prozeß der An- und Ausgleichung einleiten, dessen Erfolg vielleicht ungewiß ist und der den wirtschaftlichen Belangen des Unternehmens im hohen Maße abträglich sein kann.

Möglicherweise wollen die Gesellschafter verhindern, daß nach dem Tode eines bestimmten Gesellschafters sich plötzlich Menschen gegenüberstehen, die durch die Zielsetzung der OHG zwar zu gemeinsamer Arbeit und Verantwortung berufen sind, deren Charakter, Mentalität, Fähigkeiten und Interessen eine auf Dauer gerichtete gedeihliche Zusammenarbeit jedoch ausschließen.

Vielleicht lehnen die Gesellschafter jedes Risiko ab, das mit der Nachfolge eines hierfür in Aussicht genommenen Dritten verbunden wäre, weil dessen Fähigkeiten bisher nur flüchtig bekannt sind und weil die übrigen Gesellschafter keine Gelegenheit hatten, die menschlichen Eigenschaften des möglichen Nachfolgers kennenzulernen.

Die Beschränkung des Gesellschaftsverhältnisses auf die überlebenden Mitglieder der OHG kann weiter notwendig sein, wenn bestimmte Gesellschafter derzeitig und/oder in Zukunft keinen geeigneten Nachfolger präsentieren können.

In allen Fällen bleibt die auf der Individualität der Mitglieder beruhende Gemeinschaft, bleiben Vertrauensverhältnis und persönliche Verbundenheit der Gesellschafter in den Grenzen der gesellschaftsvertraglichen Regelung von störenden Einflüssen Dritter, die die Nachfolge antreten, unbehelligt, wenn der Gesellschafterwille verwirklicht werden kann.

Der Personenwechsel ist in der OHG nicht typisch. Das Bestehen der Gesellschaft ist wegen der starken persönlichen Bindung der Mitglieder grundsätzlich von der unveränderten Personenzusammensetzung abhängig. Die Persönlichkeit des Gesellschafters, seine Eigenschaften und das unter den Gesellschaftern bestehende Gemeinschaftsverhältnis haben für die Struktur der OHG entscheidende Bedeutung und Anerkennung erlangt. Eine Veränderung im Gesellschafterbestand muß daher grundsätzlich zur Auflösung der OHG führen.

Dementsprechend bestimmt § 131 Ziff. 4 HGB, daß die OHG durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird.
Die strikte Durchführung dieses Prinzips würde jedoch den berechtigten Interessen der Gesellschafter widersprechen und auch den Notwendigkeiten des Wirtschaftslebens nicht gerecht werden. Die Auflösung der OHG führt vielfach zur Zerschlagung des gemeinschaftlich aufgebauten Unternehmens und damit zur Wertminderung, manchmal auch völligen Entwertung der im Unternehmen gebundenen Rechts- und Wirtschaftsgüter. Die Gesellschafter erleiden eine empfindliche Vermögenseinbuße und verlieren ihr berufliches Betätigungsfeld.

Auch volkswirtschaftlich ist der Schaden nicht unerheblich, da die Unternehmung in ihrer wirtschaftlichen, sozial- und arbeitsrechtlichen Verflechtung ein Glied der Gesamtwirtschaft bildet.
Das geltende Recht hat sich den hieraus resultierenden Notwendigkeiten und Forderungen nicht verschlossen. Es ermöglicht unter Aufrechterhaltung der Identität den Fortbestand der OHG trotz Mitgliederwechsels. Durch den Tod eines Gesellschafters wird die OHG nur aufgelöst, "sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt" (§ 131 Ziff. 4, 2. Halbsatz HGB)[1]. - Gemäß § 138 HGB kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die OHG unter den übrigen Mitgliedern fortbestehen soll.

---

1) vgl. hierzu auch: Patzschke, ZHKR Bd. 113, 1 f (2); Haupt-Reinhardt, S. 66; Dür.-Hach.-Fl. II 2, § 131 A 7; § 138 A 1 u. 2; Unterberg S. 6; Rötelmann, NJW 56, S. 1617 ff (1617); Schlegelb.-Geßler, § 138 A 1 u. 2; Römer S. 28;

Dieselbe Gesetzesvorschrift ordnet an, daß der Gesellschafter mit seinem Tode aus der Gesellschaft ausscheidet [1]. So wird die Auflösung der OHG verhindert. Die auf den Fortbestand gerichtete Vorstellung der Gesellschafter läßt sich verwirklichen.

Die Rechtsfolgen des Ausscheidens sind im HGB nicht geregelt. Es gilt daher das Recht des BGB (§§ 105 II HGB, 738 - 740 BGB).
Das Ausscheiden aus der fortbestehenden OHG beendet das zwischen dem bisherigen und den übrigen Gesellschaftern bestehende Gesellschaftsverhältnis. Die personenrechtliche Mitgliedschaft erlischt. Die Rechte und Pflichten zur Mitbestimmung und Mitverwaltung der gemeinschaftlichen Angelegenheit gehen unter[2]. - Der durch Tod ausscheidende Gesellschafter hört gleichzeitig auf, Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft zu sein. Seine Stellung als Mitinhaber des Gesellschaftsvermögens - das Gesetz spricht vom Anteil am Gesellschaftsvermögens - wächst den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738 I Satz 1 BGB). Deren verfügungsrechtliche Position verstärkt sich, weil der Kreis der Mitberechtigten kleiner wird[3].
Die Erben des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters haben schuldrechtliche Ansprüche gegen die OHG: Die Gesellschafter sind verpflichtet, Gegenstände, die der Verstorbene der OHG zur Benutzung überlassen hatte, zurückzugeben. (§§ 738 I Satz 2, 732 BGB). Von den gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten sind die Erben, die nach erbrechtlichen Grundsätzen haften, zu befreien (§ 738 Abs. I Satz 2 BGB)[4].

---

1) Nicht die Erben scheiden aus, denn diese sind nie Gesellschafter gewesen; a.A.: Dür.-Hach.-Fl., II 2, § 138 A 5;
2) vgl. Siebert, GV+ErbR, 1954 S. 9; ders., StBJb 55/56, S.300 (312/313); Buchwald BB 55, S.52 (53); Schlegelb.-Geßler § 138 A 10; Dür.-Hach.-Fl.II 2, § 138 A7; Hueck, OHG, § 29 II 3; Staud.-Keßler § 736 A 3; Unterberg S. 17;
3) Siebert, StbJb 55/56, S. 300 (313); Hueck, OHG § 29 II 2; § 28 I 1b, S.216; Würdinger, S. 62; Schlegelb.-Geßler § 138 A 13; Dür.-Hach.-Fl. II 2, § 138 A 8; Dür.-Hach.-Geiler II 1 A 164; Staud.-Keßler § 736 A 4;
4) vgl. dazu: Hueck, OHG, § 29 II 4 c; Schlegelb.-Geßler § 138 A 16;

Soweit die Gesellschaftsschulden noch nicht fällig sind, können die übrigen Gesellschafter Sicherheit leisten (§ 738 I Satz 3 BGB). - Das wichtigste Recht des Ausgeschiedenen bzw. seiner Erben ist das auf Feststellung und Auszahlung des Abschichtungsguthabens. Die überlebenden Gesellschafter sind verpflichtet, "dasjenige zu zahlen, was" der Ausscheidende "bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre" (§ 738 I Satz 2 BGB). Auf diesen Abschichtungsanspruch ist das Interesse der Gesellschafter im besonderen Maße gerichtet.

Abschnitt I: Die Abschichtung aus der Sicht der Gesellschafter

Die Feststellung und Auszahlung des Abschichtungsguthabens muß nach Auffassung vernünftiger Kaufleute, als welche die Gesellschafter zu denken sind, stets unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung des Unternehmens erfolgen; denn das Ausscheiden durch Tod wird vereinbart, damit die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen und das Unternehmen in der bisherigen Rechtsform weitergeführt werden kann.

Mit diesem Grundsatz läßt sich eine angemessene Berücksichtigung sowohl der Interessen der Überlebenden als auch des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters vereinbaren [1]. - Eine Analyse der Parteiinteressen vor dem Hintergrund einer als notwendig erkannten Unternehmenserhaltung führt zur Unterscheidung verschiedener Situationen.

Ist das Ausscheiden im Todesfall ohne Möglichkeit der Nachfolge eines Dritten lediglich für einen bestimmten Gesellschafter vorgesehen, so gibt es für diesen zur vollen Abfin-

1) Nur so kann der Maßstab der Gerechtigkeit, den es zu beachten gilt, - vgl. Potthoff-Zintzen, S. 203; Tittel, BFuP 49, 69 (72); Schwarze, S.8; Staud.-Keßler, § 738 A 4 ; - aus der Sicht der beteiligten Gesellschafter verstanden werden.

dung [1] kaum eine Alternative. Die Ausschließlichkeit seiner Situation im Vergleich zu den übrigen Gesellschaftern bietet ihm wenig Anlaß, nach dem Ausscheiden Vermögenswerte der OHG zu überlassen; es ist kein Nachfolger vorhanden, dem eine andere Überlegung zugute kommen könnte.

Die übrigen Gesellschafter können diese Interessenlage kaum übergehen. Die Vollabfindung wird in den meisten Fällen auch nicht als ungerechtfertigt empfunden, vorausgesetzt, es handelt sich um ein wirtschaftlich gesundes Unternehmen [2].

Der Gesichtspunkt der Unternehmenserhaltung zwingt zu keinem anderen Urteil. Die einmalige Bereitstellung einer vollen wirtschaftlichen Beteiligung vermag ein leistungsfähiges Unternehmen zu bewältigen, zumal die Erwägung offen steht, die Auszahlung auf eine bestimmte Zeitspanne zu verteilen. Ob dies notwendig sein wird, hängt maßgeblich von der Höhe der Beteiligung des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters ab.

Darüberhinaus darf nicht unbeachtet bleiben, daß die für die Abfindung der Erben erforderlichen Mittel in Form einer Teilhaber- oder Einzelversicherung [3] angesammelt werden können.

---

1) Das setzt allerdings voraus, daß der Gesellschafter überhaupt an der Substanz des Unternehmens wirtschaftlich beteiligt ist. Ist ein verdienter Angestellter, ein besonders tüchtiger Fachmann in die Gesellschaft aufgenommen worden und nimmt er zwar am Erfolg, nicht aber am Vermögen der Unternehmung teil, so kommt eine Abfindung in dem hier erörterten Sinne nicht in Betracht.

2) Für eine diesbezügliche Beurteilung kommt es allerdings nicht so sehr auf die augenblickliche Situation als vielmehr auf die künftigen wirtschaftlichen Daten der Unternehmung an, weil der Fall des Ausscheidens ebenfalls in der Zukunft liegt. Bestimmte Verhältnisgrößen der Gegenwart und Vergangenheit wie Produktivität als Verhältnis von Ausbringung zu Einsatz, (vgl. Schnettler, Betriebsanalyse, S. 369, 379) Wirtschaftlichkeit als Gegenüberstellung von Ertrag und Aufwand, (Schnettler, aaO., S. 344) sowie Rentabilität als Ausdruck der Verzinsung des in einem betrieblichen Organismus gebundenen Kapitals (Schnettler, aaO., S. 413), - jeweils unter Beachtung der Einflußfaktoren, denen das Unternehmen ausgesetzt ist (Schnettler, aaO., S.6 ff), - liefern die Berechnungsgrundlagen.

3) vgl. hierzu Sudhoff GV, S. 284/285; Potthoff-Zintzen, S. 235;

Die Interessenlage ist eine andere, wenn mehrere Mitglieder der OHG im Todesfall ohne Möglichkeit der Nachfolge eines Dritten ausscheiden sollen. Die vorgesehene Regelung verliert inren ausschließlichen Charakter. Der mehr oder minder vorhandenen Neigung, eine zugedachte, im Vergleich zu den übrigen Gesellschaftern anders geartete Behandlung als persönliche Diskriminierung oder als sachliche Zurücksetzung zu empfinden, wird der Boden entzogen. Die gleiche Ausscheidenssituation für mehrere Gesellschafter dient der Versachlichung. - Das Gesamtinteresse ist stärker dem Wohl des Unternehmens zugewandt als auf die Befriedigung des Eigennutzes einzelner Gesellschafter gerichtet.
Bereits aus diesem Gesichtspunkt - vornehmlich jedoch, weil starke wirtschaftliche Argumente auf die notwendige, sonst nicht gesicherte Unternehmensfortführung verweisen - kommt eine Abfindung auf der Grundlage der wahren wirtschaftlichen Beteiligung kaum noch in Betracht. Die jeweilige Abfindungslast soll möglichst niedriger sein als der wirtschaftliche Wert der Kapitalbeteiligung. - Eine solche Vorstellung leuchtet ein: Die Möglichkeiten der Kreditbeschaffung sind ebenso begrenzt wie die einer Aufbringung neuen Kapitals.

Der jeweiligen Abfindungslast sind allerdings auch nach unten mit hoher Wahrscheinlichkeit anzutreffende Grenzen gesetzt. Der Ausschluß jeglicher Abfindung oder eine erheblich unter dem Buchwert liegende, sog. harte Abfindung für die im Todesfall ohne Nachfolger ausscheidenden Gesellschafter dürfte wegen der hiermit verbundenen ungerechtfertigten Härte für die Betroffenen dem Willen der Gesellschafter regelmäßig nicht entsprechen. - Welcher Zwischenwert im übrigen für die Abfindung maßgeblich sein soll und daher das Vorstellungsbild der Gesellschafter beherrscht, ist - auch annäherungsweise - nur schwerlich zu bestimmen. Diese Frage entzieht sich einer generellen Beantwortung, da alles auf den Einzelfall ankommt. Hier spielen sachliche und persönliche Momente eine Rolle. Die wirtschaftliche Verfassung der Unternehmung ist ebenso von Bedeutung wie die Stärke und das Verhandlungsgeschick der Parteien. Individualbezogenes Geltungsstreben

kann den Ausschlag geben vor einer Wahrung der Gesamtbelange. Die Beachtung des Prinzips kaufmännischer Vorsicht kann die betroffenen Gesellschafter zu einem Zurückstecken eigener Wünsche veranlassen. - Die einzelnen Gesichtspunkte lassen sich kaum in ein Schema fassen.

Doch darf nicht unerwähnt bleiben, daß der in Aussicht genommene Verwendungszweck einer beanspruchten Abfindungsleistung die zugedachte Abfindungshöhe beeinflußt. Viele durch Tod ausscheidende Gesellschafter wollen für Angehörige bzw. Erben, die wirtschaftlich nicht selbständig oder noch abhängig sind, Vorsorge treffen. Die materielle Sicherstellung Sorgebefohlener kann durch Zahlung laufender Bezüge, die zeitlich begrenzt oder auf die Lebensdauer abgestellt sind, vollauf erreicht werden. Andererseits wird die Liquidität der Unternehmung durch Teilbeträge, die im Verhältnis zur Gesamtabfindung gering sind, nur schonend beansprucht. Daraus folgt, daß die Forderung nach Erhaltung des Unternehmens in vielen Fällen nicht so sehr bei der Festlegung der Abfindungshöhe ins Gewicht fällt, sondern erst bei der Auszahlungsvereinbarung. Dann stehen verhältnismäßig hohe Abfindungsbeträge auch den Interessen der überlebenden Gesellschafter nicht entgegen, weil die Notwendigkeit der Unternehmenserhaltung bei der Streckung der Auszahlungszeiträume hinreichend beachtet werden kann.
- Diese Erwägungen und Folgerungen gelten indessen nicht, wenn es dem ausscheidenden Gesellschafter nicht in erster Linie auf eine zeitlich ausgedehnte wirtschaftliche Sicherung der Hinterbliebenen ankommt, sondern wenn eine rasche Bereitstellung der zu gewährenden Abfindungssumme erstrebt wird, damit die Erben über Kapital zum Aufbau einer Existenz verfügen. In diesen Fällen muß bereits bei der Bemessung der Abfindungshöhe entscheidend auf die Unternehmenserhaltung geachtet werden. Dem Betroffenen bzw. seinen Erben kann nur ein verhältnismäßig niedriger Abfindungsbetrag zuteil werden.

Eine Analyse der Parteiinteressen müßte als dritte Möglichkeit in Betracht ziehen, daß alle derzeitigen Gesellschafter

im Todesfall ohne Nachfolger ausscheiden sollen. Zwar ist eine solche Regelung denkbar: Sie braucht nicht notwendig zur Auflösung der OHG zu führen, da die erforderliche Gesellschafteranzahl auf lange Zeit durch die Aufnahme dritter Personen in die OHG unabhängig vom Ausscheiden derzeitiger Gesellschafter durch Tod gesichert bleiben kann. Praktisch dürfte eine solche Regelung allerdings nur selten anzutreffen sein. Sie wird sich auf die Fälle beschränken, in denen beim Zustandekommen der für den Todesfall geltenden Vereinbarung kein Gesellschafter jetzt oder in Zukunft einen geeigneten Nachfolger präsentieren kann. - Diese Ausnahmesituation braucht jedoch nicht weiter erörtert zu werden, zumal sie gegenüber der oben besprochenen Möglichkeit, daß mehrere Gesellschafter im Todesfall ohne Nachfolger ausscheiden, lediglich die Besonderheit aufweist, daß sich der gemeinsame Wille noch stärker an der notwendigen Unternehmenserhaltung orientieren muß, da alle derzeitigen Gesellschafter Abfindung für den Todesfall beanspruchen.

Bisher wurde die Vorstellung der Gesellschafter hinsichtlich der Abfindungshöhe und der Auszahlungszeit erörtert. Weiter interessieren andere, die Abfindung mehr in formeller Hinsicht betreffende Gesichtspunkte.
Die Gesellschafter streben danach, daß die Abfindungsregelung möglichst überschaubar ist.

Es wird eine sichere Aussage über die zu erwartende bzw. bereitzustellende Abfindungshöhe und über den Auszahlungsmodus erwartet. Die Regelung muß hinsichtlich ihres Ergebnisses eindeutig sein. Nur dann werden Meinungsverschiedenheiten, Zerwürfnisse und schwierige Prozesse verhindert. Es werden Kosten gespart und Verzögerungen in der Abwicklung des Rechtsverhältnisses, wie es sich nach dem Ausscheiden darstellt, vermieden. Die übrigen Gesellschafter werden nicht durch die Ungewißheit über den Ausgang eines langwierigen Rechtsstreits in ihren unternehmerischen Dispositionen gehemmt.

Das Ergebnis der Abfindungsregelung kann indessen nur ein-

deutig sein, wenn die Methoden der Wertfindung, die zu der fraglichen Abfindungshöhe führen sollen, allgemein anerkannt und in diesem Sinne eindeutig sind, wenn ihre Anwendung und Handhabung einheitlich geschehen und die benötigten Ausgangswerte so bezifferbar sind, daß nicht mit der gleichen Berechtigung andere Größen eingesetzt werden könnten; der Zeitpunkt oder die Zeitspanne der Auszahlung muß feststehen.

Überschaubarkeit verlangt weiter die Möglichkeit einer frühzeitigen Berechnung des Abfindungsanspruchs.
Der durch Tod ausscheidende Gesellschafter möchte möglichst früh wissen, mit welcher Wertziffer er die wirtschaftliche Beteiligung an der OHG in seine Anordnungen von Todes wegen einbeziehen kann. Eine klare, die Erben in gerechter Weise bedenkende Disposition ist nur möglich, wenn der Wert der Abfindungsleistung bereits zu einem frühen Zeitpunkt wenigstens annähernd bestimmbar ist.
Die übrigen Gesellschafter müssen sich auf die Abfindungslast, die auf sie zukommt, rechtzeitig einstellen können. Bei wichtigen Entscheidungen der Unternehmensleitung, insbesondere auf dem Gebiet der Finanzplanung, sind zukünftige Abfindungslasten in Rechnung zu stellen.
Eine frühzeitige Berechnung setzt voraus, daß die Abfindungsregelung einfach ist; die Methode der Wertfindung muß einleuchtend und verständlich, ihre Anwendung darf nicht schwierig sein. - Bei einer einfachen Regelung können Kosten gespart werden, weil nur eine geringe oder gar keine Inanspruchnahme eines Sachverständigen notwendig ist.

Zusammenfassung:

Das Interesse der Gesellschafter erstreckt sich in einem materiellen Sinne auf die festzusetzende Abfindungshöhe sowie auf die Bestimmung des Zeitpunktes oder der Zeitspanne für die Auszahlung.
Beschränkt sich das Ausscheiden im Todesfall auf einen bestimmten Gesellschafter, so soll sich die Abfindungshöhe nach der vollen wirtschaftlichen Beteiligung richten. Die Notwendigkeit der Unternehmenserhaltung zwingt notfalls zu

einer Verteilung der Abfindungssumme auf einen bestimmten Auszahlungszeitraum.
Scheiden mehrere Gesellschafter im Todesfall ohne Nachfolger aus, so entspricht der Vorstellung der Gesellschafter eine im Verhältnis zum wirklichen Wert der Kapitalbeteiligung niedrigere Abfindungshöhe. Diese wird nach unten begrenzt durch die sog. harte Abfindung. Zwischenwerte sind im Wege einer generellen Beantwortung nur schwerlich bestimmbar. Die Abfindungshöhe wird allerdings vom zukünftigen Verwendungszweck der Abfindungsleistung beeinflußt.

Die Gesellschafter erstreben eine überschaubare Abfindungsregelung. Sie soll ein eindeutiges Ergebnis zeigen. Hinsichtlich der Abfindungshöhe setzt dies voraus, daß die Methoden der Wertfindung allgemein anerkannt sind und gleiche Ergebnisse verbürgen, daß ihre Handhabung einheitlich geschehen kann und die Ausgangsgrößen eindeutig bezifferbar sind. - Zeitpunkt oder Zeitspanne der Auszahlung müssen feststehen.
Neben der Eindeutigkeit des Ergebnisses wird die Möglichkeit frühzeitiger Berechnung erwartet. Dies setzt eine einfache Abfindungsregelung voraus, d.h. die Methode der Wertfindung muß verständlich, ihre Anwendung darf nicht schwierig sein.

Die folgenden Ausführungen sollen ergeben, ob und inwieweit die Vorstellung der Gesellschafter verwirklicht werden kann.

Abschnitt II: Verwirklichung des Gesellschafterwillens.

Eine Verwirklichung der gesellschaftsvertraglichen Vorstellung könnte sich bereits aus der Anwendung gesetzlicher Vorschriften ergeben. Daher ist zu prüfen, ob und inwieweit die gesetzliche Regelung den Gestaltungswillen der Gesellschafter zu vollziehen geeignet und in der Lage ist. - Erst danach stellt sich die Frage nach notwendigen gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen.

Kapitel 1: Durch Gesetz

Die gesetzliche Regelung verhält sich über den Wert des Gesellschaftsvermögens und seine Ermittlung (§§ 105 HGB, 738 BGB), über die Beteiligung des Ausgeschiedenen an der Differenz zwischen dem festgestellten Wert des Gesellschaftsvermögens und dem Buchwert (§§ 138, 105 II HGB, 738, 734 BGB) sowie über die Fälligkeit der Abschichtungsforderung (§ 271 I BGB).

A) Der Wert des Gesellschaftsvermögens und seine Ermittlung nach dem Inhalt der gesetzlichen Regelung

Für die Feststellung des Abschichtungsguthabens eines ausscheidenden Gesellschafters ist der Wert des Gesellschaftsvermögens, so weit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln.(§§ 738 II BGB, 105 II HGB).
Obwohl das Gesetz die Auflösung der Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens fiktiv unterstellt (§ 738 I Satz 2 a.E. BGB) [1], kommt grundsätzlich nicht der Liquidationswert des Gesellschaftsvermögens bzw. der Unternehmung in Betracht; [2] die Gesellschafter erstreben im Zweifel eine möglichst vorteilhafte Verwertung des Gesellschaftsvermögens; "das wird bei einem lebensfähigen Unternehmen der Verkauf des Unternehmens als Einheit sein". -[3] Folglich wäre im Rahmen des § 738 BGB eine Veräußerung der lebenden Unternehmung im ganzen zu unterstellen.
In Rechtsprechung und Schrifttum findet sich auch eine allgemeinere Formulierung; so heißt, es komme "auf den wirklichen Wert der lebenden Unternehmung" an,[4] Grundlage der Schätzung sei die Tatsache, "daß das Geschäft als solches bestehen bleibe".[5] - Es wird darauf abgestellt, daß die

1) "...wenn die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens aufgelöst worden wäre".
2) a.A.: Schönle, DB 59, S.1427 (1428);
3) So Hueck, OHG, 2. Aufl. S. 292 FN 49; vgl. RGZ 106,128 (132); RG in DR 41, 1301 (1303) = ZAKDR 42,74(75);
4) BGHZ 17, 130 (136);
5) Schlegelb.-Geßler § 138 A 17;

übrigen Gesellschafter das Unternehmen fortführen, dieses also erhalten bleibt; entscheidend ist nicht der spezifische Fall einer Veräußerung im ganzen.

Wenn die verbleibenden Gesellschafter das Unternehmen fortführen, ist die Ertragsbewirtschaftung die maßgebliche Nutzungsweise.

Wird eine Veräußerung des lebenden Unternehmens im ganzen unterstellt, so ist das Schätzungsziel ein anderes, nämlich die Bestimmung des wahrscheinlichen Verkaufspreises. [1]

Beide Schätzungsziele führen nach Ansicht Schmalenbachs keineswegs zu übereinstimmenden Ergebnissen; "ist ein Gegenstand zum wahrscheinlichen Verkaufspreis zu berechnen, so kommt es auf die voraussichtlichen Erträge nicht direkt an". [2] - Hier beginnt die Nichteindeutigkeit der gesetzlichen Regelung.

Die Ermittlung des wirklichen Wertes der Unternehmung [3] erscheint in der fachwissenschaftlichen Diskussion bald unter

---

1) Schmalenbach in ZfhF 1917/1918, 129 ff (137);
2) Schmalenbach a.a.O., S. 140;
3) Einige Autoren halten es weder für möglich noch für sinnvoll, den wirklichen bzw. objektiven Wert der Unternehmung zu ermitteln, da die Beteiligten nur an dem subjektiven Wert interessiert seien. So ermittelt v.Colbe S. 17/18 "subjektive Kalkulationswerte aus der Sicht der einzelnen Partei"; vgl. unten S.31
Schweizer, ZfB 62, 676 ff, meint, daß im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der OHG "jede Partei ihre eigene Rechnung aufmachen muß" (S. 679). Danach bemißt sich aus der Sicht des Ausscheidenden der Abfindungsbetrag als Summe der zukünftigen "Geldentnahmen" "unter der Voraussetzung der weiteren Mitgliedschaft", abgezinst auf den Bewertungsstichtag mit dem Zinsfuß für die "am höchsten rentierende Alternativanlage". (S.678) - Die übrigen Gesellschafter bestimmen die "Obergrenze für ihr Abfindungsangebot", indem sie die Mehrentnahmen, "die ihnen später durch das Ausscheiden des Gesellschafters" zufließen, auf die Gegenwart mit dem Zinsfuß derjenigen Kapitalanlage diskontieren, welche zur Zahlung der Abfindung aufgegeben wird. - vgl. hierzu auch Schweizer, Wpg 61, 513 ff; vgl. zur subjektiven Unternehmensbewertung auch Frank, Wpg 63, 81 (85): Unternehmensbewertung als rechnerische Unterbauung wirtschaftlicher, notwendig subjektiver Wahlakte...

Eine solche subjektive Ermittlung des Abfindungsbetrages ist mit dem Gesetz nicht vereinbar; es verlangt die Schätzung des wirklichen Wertes des Gesellschaftsvermögens (§ 738 II BGB). Erst wenn sich herausstellen würde, daß eine Wertermittlung nach objektiven Gesichtspunkten ausgeschlossen ist, könnten subjektivierende Methoden erörtert werden. Dagegen genügt es nicht, daß bei einer objektiven Wertermittlung möglicherweise völlig eindeutige Ergebnisse nicht erzielt werden.

einem ausschließlich oder vorwiegend praktisch-ergebnisbezogenen Aspekt, bald im Lichte einer zunächst theoretisch-deduktiven Untersuchung, an deren Ergebnissen die praktische Bewertung ausgerichtet wird.

Die theoretische Zweckorientierung gelangt auf der einen Seite zu dem Ergebnis, daß der Ertragswert - Barwert aller zukünftigen Reinerträge der Unternehmung - der "einzige und endgültige Wert der Unternehmung" ist, neben dem es keinen anderen Wert gibt [1]; auf der anderen Seite wird der wirkliche Unternehmenswert als der sich im wirtschaftlichen Tauschverkehr bildende Preis definiert, so daß die Unternehmenswertberechnung sich als eine "theoretische Konstruktion" [2] darstellt, "deren Zweck in der Ermittlung eines Soll-Unternehmungswertes besteht" [3], der "im praktischen Anwendungsfall" "Urteilsbildung und Wertschätzung" beeinflußt oder wesentlich bestimmt [4].

Die gegensätzlichen theoretischen Ausgangspunkte bedingen unterschiedliche Folgerungen für das methodische Problem der Bewertung: Während Mellerowicz[5] und Jonas[6] der Auffassung

---

1) Mellerowicz, "Wert als Ganzes", S. 19; 145; 146; Jonas, Wpg 54, 531 (533/534): Der objektive Wert bestimmt sich nach dem objektiven Nutzen; der allein maßgebliche quantifizierbare Nutzen wird im Ertragswert erfaßt; dieser ist daher der alleinige Wert der Unternehmung. - Jonas, ZfB 54,18(20); Kolbe,Wpg 63,179ff(179); derselbe, "Gesamtwert" 1954, S.20;76;ders., "Gesamtwert", 1959, S. 29; vorsichtig Bartke, BFuP 1960,551 (552): Ertragswert ist gleich dem gemeinen Wert, "wenn der Nutzen des Unternehmungsvermögens nur in der Ertragserzielung liegt oder wenn sich kein anderer objektiver Nutzen in die Schätzung einbeziehen läßt."; gegen Mellerowicz: Lehmann, ZfB 54, 65 (67): "wenigstens unter praktischen Gesichtspunkten..."; Mellerowicz zustimmend: Heigl, ZfB 62, 513 (515); Frank, Wpg 63, 81 (83/84);

2) Viel, Wpg 54, 241 (245)

3) a.a.O.

4) Viel, Wpg 54, 241,(242);(245); ders., Wpg 54, 364; ders., Wpg 54, 534; Viel nach Kenntemich, Wpg 56, 193 (194); v. Colbe, S. 10: "Der tatsächlich vereinbarte Preis ist ähnlich wie der Marktpreis der objektive und endgültige Wert der Unternehmung in einem gegebenen Zeitpunkt und unter gegebener Angebots- und Nachfragekonstellation für die Unternehmung."; vgl. Richtlinien U.E.C. S. 18; 19: Wir können nur abschätzen, welches der potentielle Wert der Unternehmung ist.; zustimmend: Bartke, ZfB 62, 165 (166/7); Heigl, ZfB 62, 513 (514; 520); Herzog, DB 62, 1615 f (1615).

5) Wpg 55, 54 ff (54/55); ders. "Wert als Ganzes S. 20 f.

6) Wpg 54, 531 (532).

sind, die Substanz der Unternehmung sei kein neben dem Nutzen stehender Wertbildungsfaktor, der Substanzwert spiele nur indirekt - beim Zustandekommen des Ertragswertes - eine Rolle, er sei lediglich Maßstab für die Berechnung des Ertragswertes und stehe in keinem direkten Zusammenhang mit dem Unternehmenswert, sind nach Viel[1] Sachwert und Ertragswert graduell unterschiedliche Faktoren des Unternehmungswertes, die seine Ursache bilden und daher als Hilfswerte in die Berechnung des Soll-Wertes einbezogen werden müssen. Welches Gewicht ihnen beizulegen ist, kann als Ermessensfrage nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles beantwortet werden.

Zahlenmäßig überlegen ist die Autorengruppe, für die - ähnlich wie in der einschlägigen Rechtsprechung - die praktisch-ergebnisbezogene Behandlung der Unternehmensbewertung im Vordergrund steht. - Hier ist zunächst die Entscheidung zwischen zwei Gruppen von Wertungswegen problematisch. Während die betriebswirtschaftlichen Autoren fast einhellig das Prinzip der Bewertung einer "wirtschaftlichen Einheit als Ganzes"[2] beachten (organische Betrachtungsweise)[3], ermitteln das rechtswissenschaftliche Schrifttum[4], sowie die Rechtsprechung[5] den Wert der Unternehmung überwiegend oder doch vorrangig durch Addition der Werte für die einzelnen Wirtschaftsgüter (isolierte Betrachtungsweise)[6] [7] und lassen den Er-

---

1) Wpg 54, 241 (242; 245);
2) Schnettler, Betriebsanalyse S. 89
3) vgl. statt aller Schnettler, Betriebsanalyse S. 60; ders., Wpg 48, 13 ff (13/14)
4) Dür.-Hach.-Fl. II 2 § 138.A 11; Weipert in RGRK §.138 A 30; Schlegelb.-Geßler § 138 A 20; BGB-RGRK § 738 A 4; Soergel-Siebert § 738 A 6;
5) RGZ 94, 106 (108); RGZ 106, 128 (132); RGLZ 1929, 1346 (1341); RGJW 36, 3118; Bach in Anm. zu d.RG-Urt. JW 36, 3118(3120); RG HRR 1939 Nr. 937; RG DR 42, 140 (141);
6) Auch die Richtlinien U.E.C.S.16,20,27 sehen in dem Substanzwert Ausgangspunkt und Grundlage der Unternehmensbewertung, der später je nach der Ertragslage wertberichtigt wird. Die Wertberichtigung erfolgt jedoch auf der Grundlage des Ertragswertes; vgl. S. 25 u. 39 ff;-gegen den Primat des Substanzwertes, wie ihn die Richtlinien U.E.C. verstehen, Heigl in ZfB 62, 513(515).
7) Mit Recht wird hiergegen eingewandt, daß der Gesamtnutzen nicht durch die Summierung von Einzelwerten ausgedrückt werden kann; vgl. Glunz, S.16 und die dort in FN 2 benannten Autoren; vgl. auch Koch, ZfhF 1960,S.319 ff(320) FN 3: der "Wert-

tragswert, der auf der Diskontierung der zukünftigen Nutzungen beruht, weitgehend außer acht[1].
Doch werden beide Bewertungsgruppen von der Vorschrift des § 738 II BGB gedeckt, da ihr erklärtes und mit allem Nachdruck angegangenes Ziel die Ermittlung des wirklichen Wertes der Unternehmung und damit des Gesellschaftsvermögens i.S. der §§ 738 II BGB, 105 II HGB ist.

Die betriebswirtschaftlichen Autoren räumen allerdings auch unter dem Primat der Bewertung einer wirtschaftlichen Einheit als Ganzes ein, daß auf die Bestimmung der Substanzwerte für die einzelnen Wirtschaftsgüter der Unternehmung nicht verzichtet werden kann. Obgleich die Methode, die von den einzelnen Vermögenswerten der Unternehmung ausgeht, "theoretisch angreifbar - ja man könnte sagen falsch - ist, sollte sie in der Praxis bei der Bewertung von Unternehmen doch regelmäßig mitberücksichtigt werden, weil die bei dieser Bewertungsmethode benutzten Größen weitaus sicherer zu ermitteln sind als diejenigen der Wertungswege, die den zu bewertenden Betrieb als wirtschaftliche Einheit ansehen und diese Einheit als Ganzes bewerten."[2]

Wenn aber die Heranziehung mehrerer Werte, etwa des Reinertrags- und des Substanzwertes der Unternehmung für notwendig erachtet wird, so ergibt sich das Problem einer Ausgleichung der Größen zum endgültigen Unternehmenswert. -

---

einer Gesamtunternehmung" kann nicht "als die Summe der Einzelwerte aller im Betrieb vorhandenen Gegenstände definiert" werden.- vgl. auch die Kritik Schnettlers, Betriebsanalyse S.60/61; ders., Wpg 48,S.13; -vgl. auch Kolbe,"Gesamtwert", 1954,S.19: Der Gesamtwert einer Unternehmung ist keine Addition von Einzelwerten.

1) Als Ausnahmen müssen genannt werden: Gieseke, ZAKDR 1942,S.72 ff(72/73) sowie das von ihm besprochene RG-Urt.v.6.1.41,ZAKDR 1942,S.74 ff(76) = DR 41,1301 (1303);-Hueck, OHG S.293/94.

2) Schnettler, Betriebsanalyse S. 61; vgl. auch S. 60,66,82; ders., Wpg 48, 13 (17); Hartmann S. 178 ff (201);

Nach Lehmann[1] hängt es von dem Verhältnis zwischen Ertragswert, Substanzwert und Liquidationswert ab, welchen Wert man einer Unternehmung im Einzelfall beizulegen hat.[2] - Zur Beurteilung der Maßgeblichkeit von Ertrags- und Substanzwert für die Unternehmenswertfindung äußern sich viele Autoren im ähnlichen, wenngleich in den Einzelheiten auch abweichenden Sinne.[3] Damit mag diese Frage hier ihr Bewenden haben; das Problem ist in einem späteren Sachzusammenhang ausführlich darzustellen.

Die Ausführungen lassen erkennen, daß die Ermittlung des wirklichen Wertes der Unternehmung und damit des Gesellschaftsvermögens im Sinne der §§ 738 II BGB, 105 II HGB sich auf keine allgemein anerkannte Theorie der Unternehmensbewertung gründet. Auch auf das Ergebnis gesehen ist eine sichere Wertfindung nicht gewährleistet.
Der Mangel an Einheitlichkeit und Eindeutigkeit wird durch Unklarheiten und unterschiedliche Meinungen hinsichtlich der Einzelheiten der jeweiligen Wertungswege entscheidend erhöht. - Die folgenden Ausführungen, die dies zeigen sollen, orientieren sich an den beiden Gruppen von Wertungswegen: Wertermittlung unter Berücksichtigung des Prinzips der Bewertung einer wirtschaftlichen Einheit als Ganzes und Wertermittlung durch Addition von Einzelwerten.

AA) Wertbestimmung unter Berücksichtigung des Prinzips der Bewertung einer Unternehmung als einheitliches Ganzes

Die hier in Betracht kommenden Bewertungsmethoden wollen den zukünftigen wirtschaftlichen Nutzen der Unternehmung erfassen.

---

1) ZfB 54, 65 (67);
2) vgl. auch Lehmann, ZfB 54, 465 (468): Der Wert der Unternehmung liegt, wenn der Ertragswert höher ist als der Substanzwert, zwischen diesen errechneten Hilfswerten.
3) vgl. etwa Husemann, DB 51, 137, 139; Greiner, ZfB 51, 21 (22) Hagest, Wpg 50, 193, 194, 197; Velder, DB 55, 925 (927); Schmalenbach, Beteil.fin. S. 65; vgl. im übrigen: die Ausführungen unten S.(40 ff)sowie die dort genannten Autoren.

Eine Wertermittlung auf Grund von Leistungseinheiten (Leistungseinheitswert)[1] kommt für die Bewertung des Gesellschaftsvermögens einer OHG kaum in Betracht.
Der Leistungseinheitswert geht davon aus, daß mehrere Unternehmen des gleichen Geschäftszweigs den gleichen Wert haben, sofern ihre Leistungen die gleichen sind,[2] und daß der Unterschied in den Leistungen den Unterschied der Unternehmenswerte begründet.
Die Bestimmung des Leistungseinheitswertes setzt nach Schnettler[3] voraus, daß eine größere Zahl gleichartiger Unternehmen vorhanden ist, von denen mindestens einige bereits Gegenstand eines Kaufs gewesen sind, daß die Kosten je Leistungseinheit innerhalb der Branche nicht zu stark differieren, die Lebensdauer der vergleichbaren Unternehmen nicht zu unterschiedlich ist und die Verkaufserlöse je Produkteinheit annähernd gleich sind.
Die genannten Voraussetzungen dürften jedoch - insbesondere bei den individuell verschiedenen Unternehmen, die unter der Rechtsform der OHG betrieben werden - nur selten erfüllt sein, so daß der Leistungseinheitswert für die Ermittlung des wirklichen Wertes des Gesellschaftsvermögens wenig geeignet ist.
Da der Börsenkurswert[4] gänzlich ausscheidet, fällt dem Reinertragswert die maßgebliche Bedeutung zu.

I) Die Ermittlung des Reinertragswertes

Die Reinerträge der Zukunft werden unter Benutzung von zukünftigen, auch die Risiken des zu bewertenden Unternehmens berücksichtigenden Zinssätzen auf den Wertstichtag diskontiert[5]. Dabei ist von gleichbleibenden Jahreserträgen auszugehen.

---

1) vgl. Schnettler, Betriebsanalyse S. 76/77; ders. Wpg 48, 13 (16); Schmalenbach, Beteil.fin. S. 78 ff
2) Schmalenbach, Beteil.fin. S. 78
3) Betriebsanalyse S. 77
4) vgl. Schnettler, Betriebsanalyse S. 73
5) Schnettler, Betriebsanalyse S. 65; ders., Wpg 48, 13 (14).

Während bei Unternehmen mit begrenzter Ertragsdauer zur Wertbestimmung die Rentenbarwertformel angewandt wird[1], vereinfacht sich bei angenommener unbegrenzter Ertragsdauer[2] die Rentenbarwertformel zur einfachen Kapitalisierungsformel:
Reinertragswert = $\frac{\text{Reinertrag x 100}}{\text{Zinsfuß}}$.[3]
Es gilt daher, den nachhaltig erzielbaren Reinertrag der Zukunft und den Kapitalisierungszinsfuß zu ermitteln.

1) Der nachhaltig erzielbare, durchschnittliche Reinertrag der Zukunft

Die Problematik beginnt mit der Ermittlung eines vergangenheitsbezogenen Vergleichsgewinnes; dieser erfährt später eine Korrektur entsprechend den abschätzbaren Zukunftseinflüssen.

a) Der vergangenheitsbezogene Vergleichsgewinn

Nach überwiegender Auffassung muß die Ermittlung der zukünftigen, nachhaltig erzielbaren Gewinne der Unternehmung zunächst auf die Erfolgsgrößen vergangener Jahre zurückgreifen[4]. - Lediglich Mellerowicz[5] will die zukünftige Entwicklung selbständig erfassen und dann nach den Erfahrungen der Vergangenheit korrigieren[6].

---

1) also: Wert = $\frac{\text{Reinertrag x } (q^n-1)}{(q-1)\ q^n}$; wobei $q = 1 + \frac{p}{100}$ ist

2) dann ist $n = \infty$

3) Darstellung in Anlehnung an Schnettler, Betriebsanalyse S. 65; ders., Wpg 48, 13 (14); vgl. ausführlich Glunz, S. 17 ff;

4) vgl. Münstermann, HWB 1956, I, 1059 ff (1066); Schmalenbach, Beteil.fin. S. 37, 38, 40; Schnettler, Wpg. 48, 13(14); Lehmann, ZfB 54, 465 (467): will zunächst von den Ergebnissen des letzten Jahresabschlusses ausgehen; ders., ZfB 54, 65 (66); Potthoff-Zintzen, S. 204; Gelhausen, Wpg 48, 5 (6); Hagest, Wpg 50, 193 (194); Lehmann, Wpg 51, 265 (266); Richtlinien U.E.C.S. 39/40; Velder, DB 55, 925 (926); Husemann, DB 51, 137 (138); Schnettler, Betriebsanalyse S.66; Hartmann, S. 178 ff (190); Günter, DB 62, 1053 (1054)

5) "Wert als Ganzes", S. 49

6) vgl. a.a.O., S. 47/48; vgl. die kritische Stellungnahme von Glunz, S. 22; vgl. auch Viel, Wpg 54, 364 (366), der beide Methoden gelten läßt.

Doch sollte der Unterschied zwischen beiden Verfahrensweisen nicht überbewertet werden. Mellerowicz gibt zu, daß man auch auf dem von ihm bekämpften Wege zu "richtigen Ergebnissen" gelangen kann[1]. Auch nach seiner Meinung muß die Vergangenheit einen "Maßstab für die Zukunft" abgeben[2].

aa) Auswahl des Vergleichszeitraums

Schwierigkeiten bereitet die Bemessung des Vergleichszeitraums der Vergangenheit. Eine Dreijahresrechnung würde Schwankungen in der Konjunktur nicht genügend ausgleichen. Die Prüfung längerer Perioden, insbesondere die eines Konjunkturzyklus, führt leicht zur Verwischung von Strukturveränderungen der Unternehmung. - Der Vielfalt der Gesichtspunkte und Möglichkeiten entsprechen die Vorschläge, die im Schrifttum gemacht werden. - Jonas[3] hält eine Beschränkung auf die letzten fünf Jahre für unzulänglich. Einen möglichst langen Zeitraum befürwortet Velder[4]. - Schmalenbach[5] hält es für zweckmäßig, drei aus einer größeren Anzahl von Geschäftsjahren - etwa fünf - ausgewählte Vergleichsjahre zugrundezulegen[6]. - Er weist darauf hin, ein Schätzungstechniker müsse wissen, wie der Konjunkturcharakter der Vergleichsjahre zu beurteilen sei. Leffson[7] hat an einem Beispiel, dem die Verhältnisse des Jahres 1949 zugrundeliegen, erläutert, wie Konjunktureinflüsse berücksichtigt werden können, vorausgesetzt, daß mit Konjunkturschwankungen ähnlicher Art wie in dem Zeitraum vor dem Bewertungsstichtag gerechnet werden kann.
Nach Viel[8] kann als Beurteilungsgrundlage des Vergleichszeitraumes nur eine Zeitspanne dienen, die in eine mittlere Kon-

1) vgl. a.a.O. S. 47
2) vgl. a.a.O. S. 47
3) ZfB 54, 168 (170,172)
4) DB 55, 925 (926); so auch Jonas, ZfB 54, 168 (172)
5) Beteil.fin. S. 44;
6) zustimmend: Glunz., S. 44; Potthoff-Zintzen S. 205
vgl. auch Münstermann, HWB 1956 I S. 1066; Gelhausen Wpg 48, 5 (6)
7) ZfhF 1950, S. 160 ff;
8) Wpg 54, 364 (366).

junkturlage fällt. Mellerowicz bezieht die Jahre in seine Berechnung ein, die mit dem Trend der zukünftigen Entwicklung übereinstimmen[1), 2)].

Die Vielfalt der gegebenen Antworten zeigt die Unsicherheit, die allein in dieser Frage besteht und die das Bewertungsergebnis bereits erheblich beeinflussen kann. Mit Recht warnt Schmalenbach[3)] vor jeder Art schematischer Handhabung.

bb) Sachliche Abgrenzung und Korrektur der in Betracht kommenden Jahreserfolge

Die Bilanzgewinne[4)] der maßstäblichen Vergleichsjahre stellen nicht bereits die als Hilfsgrößen gesuchten Erfolge der Vergangenheit dar. Es sind vielmehr die wirklichen oder effektiven Erfolge zu ermitteln. Was hierunter im Rahmen der Ertragsbewertung zu verstehen ist, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet. - Die Abgrenzungsschwierigkeiten sind begrifflicher und anderer Art, wie noch auszuführen ist. Die in dieser Frage zu treffenden Entscheidungen befinden zugleich über Art und Ausmaß der Korrektur der bilanziellen Jahreserfolge.

Völlig unbeachtlich sind die bilanziellen Jahresergebnisse nach derjenigen Auffassung, die die effektiven Jahreserfolge überhaupt nicht auf der Grundlage von Aufwendungen bzw. Kosten und Erträgen bestimmen will, sondern lediglich Ausgaben und Einnahmen der Unternehmung als Erfolgsfaktoren ansieht[5)].

1) a.a.O. S. 67
2) Zur Wahl der Basisjahre kritisch: Richtlinien U.E.C. S.40
3) Beteil.fin.S.43
4) Ob von den Gewinnen der Handelsbilanz - so Mellerowicz a. a.O.S.64 - oder von der Steuerbilanz - so Jonas ZfB 54,168 (170); Hueck, OHG,293 FN 54; Gieseke ZAKDR 42,72(73) - ausgegangen wird, kann das Bewertungsergebnis nicht berühren, wenn die funktionelle Verschiedenheit beider Bilanzen beachtet wird und jeweils die richtigen Korrekturen vorgenommen werden.
5) vgl. Voß ZfhF 59, 260 f (260); v.Colbe S.39 ff; Frank Wpg 63,81 ff (81): Die Wertfindung für eine Unternehmung als Grenzfall der Wirtschaftlichkeitsrechnung; vgl. auch Anders Wpg 53,151(152)

Doch ist diese Verfahrensweise nicht unwidersprochen geblieben[1]. - Schnettler[2] hält es von einigen Ausnahmen abgesehen für praktisch zweckmäßig und richtig, mit Reinerträgen zu rechnen.
Nach Zimmerer[3] soll es auf einen Rohertrag ankommen, der Abschreibungen und Zinsen für Fremdkapital einschließt. Diese stellen jedoch nach richtiger Ansicht Aufwendungen dar, die als ertragmindernd zu behandeln sind[4].
Hagest[5] will der Ertragswertbestimmung den Gewinn der internen bzw. Kostenrechnung als Differenz zwischen "Betriebsertrag" und "Kosten" zugrundelegen.
Nach Mellerowicz[6] ist der Gewinnbegriff, von dem die Unternehmensbewertung bzw. Ertragswertrechnung ausgehen muß, kein kalkulatorischer, sondern ein kapitalorientierter. Effektive Kapitalminderungen müßten vom Gewinn abgesetzt werden, Kapitalmehrungen seien zuzuschlagen[7]. - Diese Auffassung teilt auch Jonas[8].
Münstermann[9] wiederum ist der Ansicht, nur die ausgeschütteten Gewinne seien zu berücksichtigen[10]. Hier bestimmt die Ausschüttungspolitik den Unternehmenswert.
Der Begriff des Jahreserfolges ist insbesondere im Hinblick auf Preisänderungen im Zeitablauf problematisch. Diese schließen eine proportionale Entwicklung von Eigenkapital- und Substanzänderung aus. Das berührt das vielschichtige Problem der Kapitalerhaltung.
Im Sinne der nominellen Kapitalerhaltung ist Gewinn der Eigenkapitalzuwachs. So kommt es nach Rieger[11] auch in Zeiten

---

1) vgl. kritisch hierzu Glunz S. 25; Bartke Wpg 61, 285 ff (292); ders., BFuP 60, 616 ff (620/621)
2) Betriebsanalyse S. 67, 68, 69
3) ZfB 61, 170 ff (173/174)
4) vgl. auch Glunz S. 25
5) Wpg 50, 193 (196)
6) Wpg 53, 199 (201)
7) vgl. auch Mellerowicz, "Wert als Ganzes" S. 57; S. 61;
8) ZfB 54, 168 (169)
9) HWB, 1956, I, 1059 (1062/1063)
10) a.A.: Mellerowicz a.a.O., S. 61: Die Zuweisungen zu den Reserven sind echte Kapitalmehrung; Viel Wpg 54, 364 (366): für "Aufrechnung der in den Basisjahren gebildeten offenen und stillen Reserven".
11) Rieger, Einführung in die Privatrechtslehre, S. 244 ff

der Preisänderung allein auf die nominelle Eigenkapitaländerung an.
Im Sinne der substantiellen Kapitalerhaltung ist Gewinn der Substanzzuwachs[1]. Nach Schmidt kann von einem Gewinn erst gesprochen werden, wenn die Erhaltung der Betriebssubstanz gewährleistet ist. Der Erfolg bestimmt sich danach aus der Differenz zwischen dem Umsatzerlös und den Wiederbeschaffungsausgaben am Umsatztage[2]. - Mellerowicz[3] bemerkt hierzu, daß diese "absolut richtige" Gewinnermittlung mit einer Einbuße an periodischer Vergleichbarkeit erkauft werde; letztere sei aber gerade für das Erkennen der Entwicklung des Betriebes, für die Berechnung des Trends der Unternehmung von großer Bedeutung.
Im Hinblick auf eine reale Kapitalerhaltung ist Schmalenbach der Ansicht, daß der nominell errechnete Erfolg in Zeiten sich ändernden Geldwertes falsch ist[4]. Der richtige Erfolg ist danach die Differenz aus Ertrag und Aufwand, beide ausgedrückt in Geldziffern gleichen Wertes. Die Geldwertschwankungen sollen durch einen generellen Index berücksichtigt werden.

Fraglich und problematisch ist, ob und inwieweit die Erfolgsgrößen der Vergleichsjahre von persönlichen Einflüssen zu bereinigen sind. Überwiegend werden über- und unterdurchschnittliche Verhältnisse des Unternehmers nicht in die Bewertung einbezogen[5]. Mellerowicz[6] geht von einer "normalen Unternehmerdisposition" aus[7]. - Andere Autoren[8] beach-

1) vgl. Schmidt "Tageswertbilanz" S. 278 ff; ders., ZfgK 1949 176 ff (177)
2) vgl. v. Colbe S. 89
3) "Wert als Ganzes" S. 38
4) Schmalenbach, "Goldmarkbilanz" S. 24 ff; 32 ff
5) vgl. die Angaben in den folgenden Anm.
6) "Wert als Ganzes" S. 60
7) Die bisherige schlechte Unternehmensführung soll nur insoweit berücksichtigt werden, als sie in die Zukunft hineinwirkt; S. 59 - ähnlich: Richtlinien U.E.C. S. 44; vgl. auch: Gelhausen Wpg 48, 5 ff (5); Schmalenbach ZfhF 1917/1918, 129 (133): "...Nutzen, den eine Sache durch sich selbst gewährt". - "...Einflüsse besonderer persönlicher Tüchtigkeit des Besitzers, die bei seinem Ausscheiden ihre Wirkung verlieren", sind zu eliminieren .; ders., Beteil. fin.S. 41: "...alle diejenigen positiven und negativen Erfolgsposten eliminieren, die nicht objektiv aus der zu bewertenden Unternehmung resultieren".; - Jonas ZfB 54,

ten alle persönlichen Einflüsse und nehmen stets den "Standpunkt des Unternehmers" ein[1]. Im Falle des Verkaufs der Unternehmung geht diese Meinung von den "individuellen Plänen und Daten des Käufers und des Verkäufers" aus, erzielt "subjektive Kalkulationswerte aus der Sicht der einzelnen Partei" und damit "zwei voneinander unabhängige Zukunftserfolgswerte".[2]
Die unterschiedlichen Auffassungen können zu erheblich divergierenden Ergebnissen führen: je nachdem, ob man einen Erfolg zugrundelegt, "wie ihn ein Unternehmer mit normalen persönlichen Einflüssen"[3] erwirtschaftet oder ob übernormale Fähigkeiten des Ausscheidenden bzw. ungünstige Eigenschaften und Verhältnisse des neuen Unternehmers den effektiven Jahreserfolg nicht unbeeinflußt lassen.

Der "richtige" Jahreserfolg der Vergleichsjahre setzt die Auflösung der stillen Rücklagen voraus. - Die Abschreibungen vom abnutzbaren Sachanlagevermögen, von immateriellen Gegenständen des Anlagevermögens und vom Finanzanlagevermögen müssen geprüft und berichtigt werden. Insbesondere bei den Gegenständen der ersten Gruppe ist die Schätzung der Nutzungsdauer und die richtige Abschreibungsmethode problematisch. Hier ist oft eine genauere Periodisierung erforderlich, als dies in den offiziellen Jahresrechnungen geschehen ist[4]. - Weiter sind Unterbewertungen im Vorratsver-

---

18 (21,23); Lehmann ZfB 54, 65 (66): zwar aus der Sicht eines objektiven Sachverständigen bewerten, aber gegen Mellerowicz: nicht "vom Standpunkt des Unternehmens" aus.- Viel Wpg 54, 364 (366): "...Ausmerzung subjektiver Einflüsse der Betriebsgebarung". - Hueck, OHG, § 29 II 5a, S.293 Schwarze S. 25; Potthoff-Zintzen, S. 206; Tittel BFuP 49, 69 (73): Ausschluß persönlicher Einflüsse.- Jacob ZfB 61, 231 (232-235) gegen Bartke BFuP 60, 551 (555; 559), der Schmalenbach a.a.O. mißversteht und die Differentialrente des gesamten dispositiven Faktors eliminieren will. - Gieseke in ZAKDR 42, 72: auf "durchschnittlichen Unternehmer" abstellen; vgl. auch RG in ZAKDR 42, 74 (76).
8) (von S. 30) v. Colbe S. 15; 16 ff; Liebermann S. 59

1) v.Colbe S. 15
2) v.Colbe S. 17/18; das führt im Ergebnis dahin, daß ein objektiver Wert als Ziel der Unternehmensbewertung geleugnet wird. vgl. oben S.20 FN 3
3) Glunz S. 28
4) vgl. Schnettler, Betriebsanalyse S. 99

mögen zu korrigieren, überhöhte Ansätze in den Wertberichtigungen auf Forderungen auszugleichen und Ermessensrücklagen in den Rückstellungen den Bilanzgewinnen zuzuschlagen. Vor allem bei den Wagnissen ist auf die richtige Periodisierung zu achten[1].

Doch bestehen auch hier unterschiedliche Meinungen: Nach der Auffassung einiger Autoren ist ein ausscheidender Gesellschafter an einer Wertsteigerung der Anlagegüter im Markt wegen der mangelnden Realisierbarkeit nicht zu beteiligen[2]. - Schwierig ist, ob eine Korrektur der Abschreibungen auf der Grundlage von Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten oder von Reproduktionskosten beurteilt werden soll[3]. - Der letztere Ansatz ist nach Mellerowicz[4] der theoretisch einzig richtige[5]; aus Gründen der Durchführbarkeit müsse jedoch mit kalkulatorischen Abschreibungen vom Anschaffungswert gerechnet werden[6]. - Mellerowicz weist zudem auf die Probleme einer kapitalrichtigen Abschreibung hin[7]. Die hier auftauchenden Schwierigkeiten sollen zur Einbeziehung eines entsprechenden Risikofaktors in den Kapitalisierungszins führen[8]. Schmalenbach[9] schlägt vor, die über den Erlös der Unternehmung zur Verfügung stehenden Abschreibungsbeträge für die Lebensdauer des Abschreibungsgutes um die erbrachten Zinsen zu ermäßigen.

---

1) vgl. hierzu Mellerowicz, "Wert als Ganzes" S. 61; 64; Husemann DB 51, 137 ff (138); Schmalenbach, Beteil.fin. S. 40; Schnettler, Wpg 48, 13 (14); ders., Betriebsanalyse S. 99;
2) Potthoff-Zintzen S. 217; Walb ZfhF 1940, 1 ff (11)
3) für Reproduktionskosten als Grundlage: Gelhausen Wpg 48, 5 (6); Jacob ZfB 60, 209 (214); Hagest Wpg 50, 193 (196); Richtlinien U.E.C. S. 48
4) Wpg 53, 199 (202)
5) im Anschluß an Schmidt "Tageswertbilanz" S. 30 ff; ablehnend: Töndury-Gsell S. 237
6) Mellerowicz a.a.O.
7) Mellerowicz a.a.O. S. 202/203
8) Mellerowicz a.a.O.
9) Beteil.fin. S. 74

Schwierigkeiten bereitet die Behandlung der Fremdkapitalzinsen: Mellerowicz[1] will den Bilanzgewinnen auch die Fremdkapitalzinsen zufügen und erreicht damit einen Bruttoerfolgswert, nämlich den Ertragswert des Eigenkapitals und des verzinslichen Fremdkapitals[2]. - Nach Viel[3] erhält man den "Ertragswert der Unternehmung", - im Gegensatz zum "Ertragswert des Eigenkapitals" - wenn zu diesem Bruttoerfolgswert das unverzinsliche Fremdkapital gezählt wird[4]. Viele Autoren kommen jedoch zu dem Ergebnis, daß Fremdkapitalzinsen nicht als Ertragsbestandteil anzusehen seien, da sie den Fremdkapitalgebern und nicht den das Unternehmen nutzenden Personen zuflössen[5]. Nach dieser Auffassung ist der Zukunftserfolgswert des Eigenkapitals für den Wert der Unternehmung als Ganzes bzw. für den Ertragswert ausschlaggebend[6]. - Umstritten bleibt, ob die Fremdkapitalzinsen in ihrer tatsächlichen Höhe oder - um "das Verhältnis zwischen Eigenkapital und Fremdkapital zu normalisieren"[7] - gemessen an einem rechnerischen Fremdkapital[8] als ertragsmindernder Aufwand behandelt werden sollen.

---

1) "Wert als Ganzes" S. 71 u. 72
2) so auch Hagest Wpg 50, 193 (195); befürwortend: Richtlinien U.E.C. S. 47; Kenntemich Wpg 56, 193 (195); Kolbe, 1954, S. 21, 52/53: jedoch Fremdkapitalzinsen gemäß einem rechnerischen Fremdkapitalanteil.- Einschränkend Husemann DB 51, 137 (138): Nur für den Erwerb eines Unternehmens als Ganzen unter Ablösung der verzinslichen Schulden; der Erwerbspreis ist um den Betrag der abzulösenden Schulden zu kürzen. - vgl. kritisch Glunz S. 35
3) Wpg 54, 364 (367)
4) Zum gleichen Ergebnis soll es nach Viel a.a.O. führen, wenn zwar die Fremdkapitalzinsen als Aufwand behandelt worden sind, den hernach kapitalisierten Zukunftserträgen jedoch das gesamte Fremdkapital hinzugefügt wird. - vgl. zu diesen Wertgrößen auch v. Colbe S. 98 - 100.
5) mit dieser Begründung Glunz S. 33
6) vgl. v. Colbe, S. 100; 102; Liebermann S. 60; Tittel S. 91 Lehmann Wpg 51, 265 (266); ders., ZfB 54, 465 (466); Münstermann, HWB, 1956 I S. 1059 (1065); Heigl ZfB 62, 513 (523); Frank Wpg 63, 81 (87); Bankmann Wpg 63, 92 ff (92)
7) Kolbe S. 52
8) Kolbe S. 52/53; Berg auf dem 2. Kongreß der U.E.C. in Brüssel 1955, berichtet nach Kenntemich Wpg 56, 193 (195) : "...vorweg Berücksichtigung einer Zinsaufwandrate für einen brancheweise üblichen Fremdkapitalanteil...".; kritisch zu dieser Methode: v. Colbe S. 103/ 104;

Schmälern die Fremdkapitalzinsen in ihrer wirklichen Höhe den Bilanzgewinn, so beeinflußt sowohl das jeweilige Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital als auch eine Änderung der Zinssätze für das Fremdkapital den Ertragswert der Unternehmung. Bringt man Zinsen von einem rechnerischen Fremdkapitalanteil in Ansatz, so ist der Ertragswert von der Art der Finanzierung der Unternehmung unabhängig[1) 2)].

Die Frage des Einflusses gewinnabhängiger Steuern auf die Ertragsbewertung ist in der betriebswirtschaftlichen Literatur außerordentlich umstritten. - Problematisch ist, ob bei der Bestimmung des Zukunftsertragswertes von Vergangenheitserträgen vor oder nach Abzug der Gewerbeertrags- und Einkommensteuer auszugehen ist[3)].

Die am weitesten gespannte Alternative sieht auf der einen Seite die ertragmindernde Berücksichtigung der Gewerbeertrags- und Einkommensteuer vor[4)], während auf der anderen Seite ein Bruttoertrag ohne Abzug beider Steuerarten zugrundegelegt wird[5)].

Die Mehrzahl der Autoren will die Einkommensteuer als Bestandteil des Ertrages auffassen, während die Gewerbeer-

---

1) kritisch zu der Frage, ob der bei der Bewertung zugrundezulegende Ertrag als von der Finanzierung beeinflußt anzusehen ist oder nicht: Glunz S. 35

2) vgl. auch Richtlinien U.E.C. S. 48: "die Finanzierung darf bei der Bestimmung des Ertrags- und damit des Unternehmenswertes keine Rolle spielen, denn sie ist ein Problem für sich."

3) Das ist lediglich ein Problemausschnitt gegenüber der in der Literatur behandelten umfassenderen Frage der Behandlung von Körperschaftssteuer auf der einen und Gewerbeertrags- sowie Einkommensteuer auf der anderen Seite.

4) Anders Wpg 53, 151 (152/153) gegen Gelhausen Wpg 53, 73 ff: Abzug auch der Einkommensteuer im Hinblick auf die Erfordernisse einer objektiven Wertfeststellung; und zwar mit einem an der Körperschaftssteuer orientierten generellen Steuersatz. - Gegen Anders: v.Colbe S. 139; - Viel Wpg 54, 364 (367); ders., nach Kenntemich Wpg 53, 193 (196); jedoch unklar.

5) Winckelmann Wpg 53, 181 (182/183) gegen Gelhausen a.a.O.: der Wert eines Unternehmens sei unabhängig von den jeweils vorgefundenen Besteuerungsverhältnissen zu entwickeln. - Bodarwé Wpg 62, 281 (282)(287); Hartmann, "Ermittlung des Firmenwertes", S. 28; Peupelmann DB 61, 1397 (1398)

tragssteuer den zu kapitalisierenden Ertrag mindern müsse[1].

Eine andere Autorengruppe berücksichtigt zwar beide Steuerarten bei der Ertragsbewertung, lehnt jedoch eine echte Alternative im oben dargestellten Sinne ab. Nach dieser Auffassung besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Kapitalisierungsfaktor und der Behandlung der gewinnabhängigen Steuern bei der Ermittlung des zu kapitalisierenden Gewinns[2]. Als gleichwertige Formel der Berücksichtigung erscheinen dabei einmal die Kapitalisierung des Bruttogewinns - Gewinn ohne Abzug der Steuer - unter Zugrundelegung eines Bruttozinsfußes, zum anderen die Kapitalisierung des Nettogewinns- als vom Gewinn nach Abzug der Steuer verbleibende Restgröße - auf der Basis des Nettozinsfußes[3].

---

1) Mellerowicz "Wert als Ganzes" S. 65; ders., Wpg 53, 199 (200); Klinger Wpg 53, 1 ff (4): Hinsichtlich der Gewerbeertragssteuer aus der Kosteneigenschaft gefolgert; dagegen Glunz S. 37; - Klinger Wpg 53, 217 (220); ders., DB 61, 577 ff; Gelhausen Wpg 53, 73 (74): hinsichtlich der Einkommensteuer mit dem Hinweis auf den subjektiven Charakter; ihm folgend Mellerowicz Wpg 53, 199 (200); - Lenel Wpg 53, 153 (154): Hinweis auf die Erfordernisse einer Vergleichsrechnung, daher soll die Mehrbelastung des Unternehmensertrages mit der Einkommensteuer gegenüber den Erträgen festverzinslicher Papiere bei der Bemessung des Kapitalisierungszinsfußes berücksichtigt werden; insoweit gegen Klinger a.a.O. - Richtlinien U.E.C. S. 49: doch ohne Stellungnahme zur Gewerbeertragssteuer. - Günther DB 61, 988 (989); Husemann DB 51, 137 (138): kein Abzug der Einkommensteuer.-Wohl auch Jonas ZfB 54, 168 (169); v.Colbe, S. 141: kein Abzug der Einkommensteuer, da jedes Einkommen aus inländischen Kapitalanlagen eines Investors, der eine natürliche Person sei, von der Einkommensteuer in nahezu gleicher Weise erfaßt werde; ähnlich in der Begründung: Glunz S. 39; - Frank Wpg 63, 81 (86)

2) Pohmer Wpg 55, 437 (438)(440); Liebl BfuP 53, 70 (77)

3) Pohmer a.a.O., S. 438; kritisch hierzu Klinger DB 61, 577 (578;580); danach darf der Kapitalisierungszinsfuß nicht in die Auseinandersetzung über die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung der Gewinnsteuern bei der Ertragsbemessung einbezogen werden; im gleichen Sinne: Klinger DB 61, 1172 (1173)
Nicht genannter Verf. einer Leserzuschrift in BfuP 53,88 (89); - Henzler, Nr. 15 der "Deutsche Zeitung und Wirtschaftszeitung" vom 21.2.53 unter der Überschrift: "Ertragswert und Steuern vom Gewinn"; bei Anwendung der "Restertragswertmethode" sei ein um die gewinnabhängigen Steuern gekürzter Kapitalisierungszinsfuß anzuwenden; dagegen Mellerowicz Wpg 53 a.a.O.; - Liebl BfuP 53, 70 (77;

Die Bilanzgewinne der Vergleichsjahre sind um einmalige, nicht typische[1] Erfolgsgrößen zu bereinigen.
Die betriebsfremden und außerordentlichen Aufwendungen bzw. Erträge scheiden nach der einen Ansicht nicht völlig aus der Berechnung aus. Auch ein neutraler Ertrag könne nachhaltig erzielbar sein[2]. - Andere Autoren wollen dagegen allein auf das Betriebsergebnis abstellen[3].
Die erstgenannte Ansicht muß außerordentliche Erfolgsposten denjenigen Rechnungsperioden zurechnen, mit deren Leistungserstellung sie in Verbindung gebracht werden können[4]. - Bei einem Vergleich zwischen Ertragswert und Substanzwert sind einander entsprechende Werte gegenüberzustellen[5].

Die Jahresreinerträge des Vergleichszeitraums sind um den kalkulatorischen Unternehmerlohn zu kürzen[6]. - Dieser richtet sich nach dem Entgelt, das Angestellte mit vergleichbarer Tätigkeit in vergleichbaren Unternehmungen erhalten. Das Auffinden von Kriterien für die gesuchte Gleichwertigkeit kann Schwierigkeiten bereiten. - Überhöhte Gesellschafter-Geschäftsführergehälter sind teilweise als verdeckte Gewinnausschüttung den Jahresergebnissen zuzurechnen.
Inwieweit Tantiemen, Gewinnbeteiligungen, Gratifikationen und ähnliche Lasten Ertragsbestandteile oder Aufwandspositionen sind, so daß die Vergleichsgewinne der Vergangenheit gegebenenfalls zu korrigieren sind, entscheidet nach Mellerowicz die Branchenüblichkeit der Zahlungen[7]. Die Gewinnkorrektur führt hier im Einzelfall zu Zweifelsfragen.

80; 87): für die erstgenannte Art der Berücksichtigung; mit dem Hinweis, daß es bei der Bewertung auf die Unternehmung ohne Rücksicht auf den Eigentümer ankomme, S.82- so wohl auch Berg nach Kenntemich Wpg 56, 193 (196);- Kenntemich a.a.O. will offenbar das Problem ganz auf die Bestimmung des Kapitalisierungszinsfußes verlagern.

1) vgl. Schnettler, Betriebsanalyse, S. 67
2) so Mellerowicz, "Wert als Ganzes" S. 66; 72; - Glunz S.39/40; Schwarze S. 25; Mellerowicz Wpg 53, 199 (200)
3) Husemann DB 51, 137 (138); Kenntemich Wpg 56, 193 (195); Viel Wpg 54, 364 (366); Hagest Wpg 50, 193 (196); vorsichtig dagegen Schnettler, Betriebsanalyse, S. 67
4) vgl. Schmalenbach, Beteil.fin. S. 41; Mellerowicz "Wert als Ganzes" S. 64; Husemann DB 51, 137 (138)
5) Schnettler, a.a.O. S. 67
6) vgl. Schnettler, Betriebsanalyse S. 67; Hagest Wpg 50, 193 (196); Kenntemich Wpg 56, 193 (195); Schmalenbach,

Die periodische Vergleichbarkeit der korrigierten Vergangenheitsgewinne kann nach Ansicht verschiedener Autoren nur gewährleistet sein, wenn Geldwertschwankungen innerhalb des betrachteten Zeitraums ausgeglichen und eventuelle, die Höhe der Jahreserträge beeinflussende Kapitaländerungen berücksichtigt werden.
Ein Ausgleich der Geldwertschwankungen soll dadurch erzielt werden, daß die Vergangenheitsgewinne auf einer "mehr oder weniger festen Wertbasis (Gold)" [1] bzw. in einer "wertstabilen Währungseinheit" [2] ausgedrückt oder mit Hilfe von Preisindices auf den Geldwert des Bewertungsstichtags umgerechnet werden[3].
Bei Kapitaländerungen bezieht Schmalenbach die Erträge der betrachteten Geschäftsjahre auf die Kapitalverhältnisse des Bewertungsstichtages[4]. - Voraussetzung ist, daß der Gewinn vorzugsweise kapitalabhängig und die Ertragskraft der Kapitalien gleichwertig ist[5].

Die Vergangenheitsergebnisse des Vergleichszeitraums, nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen unter Beachtung der aufgeworfenen Probleme und Fragen berichtigt, können durch arithmetische Mittelung zum vergangenheitsbezogenen Vergleichsgewinn zusammengefaßt werden, der als Vergleichsmaßstab für den nachhaltig erzielbaren Reinertrag der Zukunft dient[6].

Beteil.fin., S. 41; Lehmann ZfB 54, 65 (68); Töndury-Gsell, S. 236; Hartmann S. 178 ff (192)
7) "Wert als Ganzes" S. 65; zustimmend: Jacob ZfB 61, 231 (236)

1) Töndury-Gsell, S. 228 ff (236)
2) Münstermann, HWB 1956, I S. 1059 ff (1065)
3) vgl. Münstermann a.a.O., S. 1066; Jonas ZfB 54, 168 (170): Preisindex für Lebenskosten. - v.Colbe S. 86 (88): Index für Großhandelspreise oder Kombination mehrerer Indices.
4) vgl. Schmalenbach, Beteil.fin. S. 46: "Relative Durchschnittsrechnung".
5) vgl. kritisch Schmalenbach a.a.O. S. 47; kritisch auch Schnettler Wpg 48, 13 (14): Gewinn ist eine Resultante aller drei Leistungsfaktoren des Betriebes; daher Korrektur wegen veränderter Kapitalinvestierungen nur dann angebracht, wenn Betriebsstruktur und Betriebsgröße eine grundsätzliche Umgestaltung erfahren haben.
6) vgl. Schmalenbach, Beteil.fin. S. 41

Die einfache Durchschnittsrechnung kann jedoch den Aufstieg oder Abstieg des Unternehmens nicht widerspiegeln[1]. Schmalenbach schlägt vor[2], die Ausgleichung schwankender, nach oben oder unten tendierender Gewinne mit Hilfe eines Diagramms durchzuführen. - Die Richtlinien U.E.C.[3] befürworten die Bildung gleitender Mittelwerte. Jonas[4] erzielt bei regelmäßiger Entwicklung den Vergleichsgewinn durch Multiplikation des Durchschnitts der Vergangenheitsgewinne mit dem nach der Formel der ewigen Rente ermittelten positiven oder negativen Barwert des Steigerungskoeffizienten des Trends. Bei unregelmäßig verlaufender Gewinnkurve hält er zunächst eine eingehende Kausalanalyse der zugrundegelegten Jahresergebnisse für erforderlich[5], um durch Ausschaltung aller die Gewinnschwankungen erheblich beeinflussenden Faktoren, die zufälligen und einmaligen Charakter haben, die normale Gewinn- und Leistungsentwicklung der Unternehmung zu bestimmen[6].

b) Die Korrektur des Vergleichsgewinns zum nachhaltig erzielbaren Zukunfts-Reinertrag

Der Vergleichsgewinn der Vergangenheit muß zur Ermittlung des zukünftig nachhaltig erzielbaren Reinertrags entsprechend "den in der Zukunft voraussichtlich wirksamen und bereits abschätzbaren Einflüssen"[7] unter Berücksichtigung der "branchen- und gesamtwirtschaftlichen Entwicklung"[8] korrigiert werden. Er darf nicht einfach auf die Zukunft übertragen werden[9].
Die auf Grund eingehender Markt- und Produktanalyse zu erwartenden Einflüsse, die unmittelbar einzelne Aufwands-[10]

1) vgl. Schmalenbach, a.a.O. S. 45
2) a.a.O. S. 46
3) S. 42/43;
4) ZfB 54, 168 (172)
5) a.a.O. S. 172
6) S. 174
7) Jonas ZfB 54, 168 (175)
8) Schmalenbach, Beteil.fin. S. 48
9) Richtlinien U.E.C. S. 44

oder Ertragsarten[1] betreffen, sollen auch bereits bei diesen berücksichtigt werden[2]. - Jacob[3] weist auf die Methoden der Ertragsvorschaurechnung hin, die bei einer gut organisierten und zuverlässigen Kostenrechnung Aufschluß über die künftige Entwicklung der Unternehmung zu geben vermag. - Die Richtlinien U.E.C.[4] empfehlen zur Beurteilung der Zukunftsaussichten eine auf die Faktoren Kapazität, Beschäftigungs- und Leistungsgrad, Konkjunkturverlauf, Preisentwicklung und Konkurrenzverhältnisse gestützte Umsatzprognose[5]. - Ähnlich sollen nach Schnettler[6] der mögliche ökonomische Ausnutzungsgrad des betrieblich gebundenen Kapitals, die Absatzmöglichkeiten und die Beschaffungsverhältnisse Berücksichtigung finden. - Die zukünftige Absatzmenge will Kolbe[7] mit Hilfe der Extrapolation des Absatztrends der Vergangenheit ermitteln.- Potthoff-Zintzen[8] weisen auf die besondere Bedeutung der Preisentwicklung hin.

Es ist außerordentlich schwierig, die verschiedenen Einflüsse der Zukunft, die bereits jetzt durch Korrektur des Vergleichserfolgs zu berücksichtigen sind, zu bestimmen und ziffernmäßig in Ansatz zu bringen. - Allein der tatsächlichen Schwierigkeiten wegen, die mit einer Abschätzung zukünftiger Verhältnisse notwendigerweise verbunden sind, ist der nachhaltig erzielbare Reinertrag der Zukunft eine nur annähernd bestimmbare Größe, die nicht unerheblich vom Können, der Erfahrung, dem Geschick und dem Ermessen des Schätzers abhängig ist.

---

10) z.B.: für die Zukunft ist mit einer sehr schnellen technischen Überholung der Anlagen oder mit einer wesentlichen Erhöhung des betrieblichen Lohnniveaus ohne Möglichkeit einer Überwälzung zu rechnen.

1) Absatzrückgang bei bestimmten Erzeugnissen wegen voraussichtlicher, struktureller Nachfrageverschiebung
2) Jonas ZfB 54, 168 (175/176); Husemann DB 51, (137/138)
3) ZfhF 55, 324 (327 ff)
4) S. 45/46
5) zustimmend Bartke ZfB 62, 165 (172); ähnlich Peupelmann DB 61, 1397
6) Betriebsanalyse, S. 61
7) 1954, S. 39 ff
8) S. 206

Führt man sich daneben die unterschiedlichen Auffassungen über die begriffliche und sonstige sachliche Abgrenzung der Größe Jahreserfolg, auf die sich der Jahresreinertrag der Zukunft gründet, vor Augen, so wird deutlich, daß der nachhaltig erzielbare, zukünftige Reinertrag ein theoretisch und praktisch höchst problematischer Faktor in der Berechnung des Reinertragswertes der Unternehmung ist.

2) Die Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes

Als weiterer Faktor der Ertragswertberechnung ist der Kapitalisierungszinsfuß zu bestimmen. In seiner Bedeutung und Problematik steht er der soeben erörterten Größe nicht nach. - Es ist zu beachten, daß bereits geringfügige Unterschiede des Zinssatzes zu erheblichen Abweichungen in der Höhe des Ertragswertes führen. Wird der Zinsfuß nicht richtig angesetzt, sind alle Verfeinerungen bei der Bestimmung des Zukunfts-Reinertrags wenig sinnvoll[1].
Die Effektivverzinsung, die ein Investor für seine Kapitaleinlage in eine Unternehmung erwartet, ist nur eine von mehreren Investitionsmöglichkeiten. Als Vergleichsinvestition bei der Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes, der als Diskontfaktor alle in der Zukunft erwarteten Erträge auf den Bewertungsstichtag projiziert[2], betrachtet die Mehrzahl der Autoren[3] solche Anlagen, "die richtungsweisend für die Entwicklung auf dem Geld- und Kapitalmarkt" des Inlandes sind[4]

1) Schnettler, Betriebsanalyse, S. 69
2) Diez Wpg 55, 2 ff (2)
3) Gelhausen Wpg 48, 5 (6); Jonas ZfB 54, 488 (489); Huseman DB 51, 137 (139); v.Colbe, S.109; Münstermann, HWB 1956, I, S. 1059 (1066); Walb ZfhF 1940, 1 ff (8); Mellerowicz "Wert als Ganzes", S. 77; Bartke BfuP 60, 616(622); Hartmann, 178 ff (193); Richtlinien U.E.C. S. 50 ff; Klinger DB 61, 1137; Frank Wpg 63, 81 (87); Schmidt DB 61, 1463; kritisch; Bodarwé Wpg 63, 309 (310); 312): kritisch, doch im Ergebnis wie die überwiegende Meinung.
4) Schnettler, Betriebsanalyse, S. 70.

[1], und behandelt den sogenannten landesüblichen Zinsfuß als Komponente des Kapitalisierungszinsfußes. - Die Gegenwart dient nur als Anhalt für die Schätzung [2]; die künftige Entwicklung des Zinsniveaus muß berücksichtigt werden[3]; denn es kommt auf den Zinsfuß an, der für die Dauer der Investition gelten wird[4].

Die Auffassungen, auf Grund welcher Vergleichsinvestitionen der Grundzinsfuß zu bestimmen ist, sind jedoch keineswegs einheitlich. Schmalenbach[5] befürwortet die durchschnittliche Aktienrendite branchengleicher Unternehmungen[6]. - Andere Autoren wollen die durchschnittliche Branchenrendite[7], das Mittel aus landes- und branchenüblichem Zinsfuß[8] oder die Rendite des zu bewertenden Unternehmens[9] [10] als Grundzinsfuß wählen.

---

1) Aus dem Marktzinsfuß für längerfristige, risikoarme Kapitalinvestitionen läßt sich der sogenannte landesübliche Zinsfuß bestimmen; über seine Ermittlung vgl. Jonas ZfB 54, 488 (489-491); Klinger DB 61, 1137 (1138); vgl. auch Diez Wpg 55, 2 (3): landesüblicher Zinsfuß = durchschnittliche Verzinsung risikofreier Kapitalanlagen.
2) Schmalenbach, Beteil.fin., S. 52
3) Beissner DB 62, 247; Schnettler, Betriebsanalyse, S. 70
4) Schmalenbach a.a.O.; Kolbe, 1954, S. 55; Bodarwé Wpg 63, 309 (311)
a.A.: Klinger DB 61, 1137 (1138): Zinsfuß im Zeitpunkt der Bewertung; Günther DB 62, 1053 (1054)
5) Beteilfin. S. 53
6) ebenso Jonas, ZfB 54, 488 (491) (493) unter Abwägung von Vor- und Nachteilen; ablehnend: Richtlinien U.E.C. S.53/54
7) Viel Wpg 54, 364 (368); mit der Folge, daß der Ertragswert einer Unternehmung umso höher ist, je niedriger die Branchenrendite ist. - Daher ablehnend: Richtlinien U.E.C. S. 52/53; v. Colbe, S. 114; Diez Wpg 55, 2 ff (3); Jonas ZfB 54, 488 (493/494); Bodarwé Wpg 63, 309 (310)
8) Mellerowicz, "Wert als Ganzes" S. 78/79; gegen ihn: Jonas a.a.O.; v. Colbe a.a.O.; Diez a.a.O. S. 4
9) Auler ZfB 1927, 726 (731); gegen ihn: v. Colbe, S. 114; "Zirkelschluß"; Glunz S. 49
10) gegen den kalkulatorischen Zins wegen seiner schematischen Festlegung und gegen den durchschnittlich gezahlten Fremdkapitalzins: Jonas ZfB 54, 488 (494/495); Richtlinien U.E.C. S. 54.

Vor- und Nachteile gegenüber der Vergleichsinvestition müssen zu einem Abschlag bzw. Zuschlag zum Grundzinsfuß führen. Chancen und Risiken sind gleichwertig abzuwägen[1]. So erfordert das allgemeine Unternehmerwagnis, jene Gefahr der Einbuße an Verzinsung, Kapital oder gar Privatvermögen einen Zuschlag zum Grundzinsfuß[2].

Zur Einschätzung des allgemeinen Unternehmerwagnisses[3] hält das Schrifttum mehr oder weniger aufgegliederte Risikoarten bereit, die als Bestimmungsgründe den Zuschlag und seine Höhe rechtfertigen sollen[4].

Schmalenbach[5] sieht in der Unternehmensform[6], dem Geschäftszweig[7] und der Größe des Unternehmens[8] Risikofaktoren[9].

- Mellerowicz[10] weist ferner auf den Einfluß der Kapitalstruktur hin, unterscheidet die bei der Ermittlung des Kapitalisierungszinsfußes zu berücksichtigenden Risikofaktoren jedoch hauptsächlich in solche, die sich aus der Konstitution des Betriebes selbst ergeben und in solche, die "in den Unwägbarkeiten der Zukunft begründet sind"[11], jeweils aufgegliedert in Kapitalrisiken und Risiken der laufenden Produktion. Die erste Gruppe hat ihre "Ursache in der schlechten Konstitution des Betriebes", die zweite Gruppe umfaßt "Risiken, von denen alle Betriebe mehr oder weniger

---

1) Bodarwé Wpg 63, 309 (313)
2) vgl. v. Colbe, S. 109; Jonas ZfB 54, 488 (497)
3) Mellerowicz, "Wert als Ganzes", S. 79: "eine Sache von Temperament und Glauben"
4) Frank Wpg 63, 81 (87): Finanzierungs-, Produktions-, Beschaffungs- und Absatzrisiko.
5) Beteil.fin. S. 50 ff
6) S. 50; zustimmend Beste ZfhF 1924, 97 (114); Von der Rechtsform, unter der die Unternehmung betrieben wird, sind abhängig der Umfang der übernommenen Haftung, der Zugang zu Geld- und Kapitalmarkt, (Mellerowicz S. 87) die Mobilität der Geschäftsanteile (Schmalenbach, Beteil.fin. S. 50 ; kritisch: Mellerowicz S. 86) und regelmäßig die Qualität der Unternehmensleitung (Mellerowicz S. 86).
7) vgl. Schmalenbach a.a.O. S. 52; Beste ZfhF 24, 97 (114); Mellerowicz a.a.O. S. 89; Velder DB 55, 925 (927)
8) vgl. Schmalenbach a.a.O. S. 51; Glunz S. 52; Mellerowicz a.a.O. S. 87; 88; 89; Velder a.a.O. S. 927; kritisch zu allen drei Faktoren Mellerowicz, S. 90; S. 85;
9) zustimmend Kolbe, 1954, S. 55
10) "Wert als Ganzes", S. 89
11) a.a.O. S. 83; 85; 106;

gleich bedroht sind"[1) 2) 3)].

Unter Außerachtlassung der erwähnten und ähnlicher Bestimmungsgründe wie Marktstellung, Ruf und Organisation[4)] will Bußmann[5)] die Zuschlagsgröße auf den landesüblichen Zinsfuß in einem Wagniskoeffizienten erfassen, dessen Ermittlung von dem Trend der betrieblichen Erfolge der Vergangenheit und den tatsächlichen Erfolgen des betrachteten Zeitraums ausgeht[6)].

Die Richtlinien U.E.C.[7)] lehnen jeden Risikozuschlag zum Basiszinsfuß ab, um der Willkürgefahr zu entgehen und schlagen vor, das allgemeine Unternehmerrisiko als "Gewinnrückhalt" zu berücksichtigen, - durch Minderung des ermittelten nachhaltigen Gewinns um 30 %[8) 9)].

Diez[10)] endlich ist der Ansicht, das allgemeine Unternehmungsrisiko habe bereits bei der Feststellung des nachhaltig erzielbaren Zukunftsreinertrags Berücksichtigung gefunden, so daß insoweit ein Risikozuschlag nicht in Betracht komme. Höchstens die geringere Mobilität der Investition dürfe in einem Zuschlag zum landesüblichen Zinsfuß ihren Ausdruck finden[11)].

Im Hinblick auf die Vergleichsinvestition in nominell gebundenen Werten wird für die Anlage in Sachwerten wegen der geringeren Geldentwertungsgefahr und des damit verbundenen Vorteils ein Abschlag vom Grundzinsfuß gefordert[12)].

---

1) a.a.O. S. 83
2) kritisch hierzu: v.Colbe, S. 111: keine größere Genauigkeit trotz ausgedehnter Aufgliederung.
3) Bodarwé Wpg 63, 309 (313) unterscheidet das Risiko der Rechtsform, allgemeine wirtschaftliche Risiken (= allgemeines Unternehmerrisiko) und nicht-wirtschaftliche Risiken
4) vgl. hierzu v. Colbe, S. 112; Mellerowicz a.a.O. S. 89/90
5) Bußmann ZfB 50, 702 (706/707)
6) vgl. kritisch hierzu: v.Colbe S. 111; 112
7) S. 56/58
8) zustimmend: Bartke ZfB 62, 165 (173); Heigl ZfB 62, 513 (525); - kritisch: Forster Wpg 62, 478 (481)
9) Dieses schematisierende Abzugsverfahren dürfte gegenüber einem individuell ermittelten Risikozuschlag eher Nachteile als Vorteile bieten.
10) Wpg 55, 2 ff (4)
11) gegen ihn Günther, DB 62, 1053
12) Krönke ZfB 51, 140 ff (150); mitteilend v.Colbe S. 112 mit weiteren Lit.hinweisen; vgl. auch Glunz S. 54 ff; befürwortend Schmidt DB 61, 1463; ablehnend: Jonas ZfB 54, 488 (490/491) für eine auf das Jahr 1939 bezogene Beurteilung.

Die Vielfalt der Auffassungen sowie die Schwierigkeit, die im Einzelfall wirksamen Faktoren herauszufinden und ihren Einfluß auf den Ertragswert zu beziffern, gesellen sich zu den Meinungsverschiedenheiten über die Bestimmung des Grundzinsfußes und sorgen für eine wenig eindeutige und nicht einfach zu bewältigende Problematik[1].

II) Korrektur zum Unternehmenswert auf der Grundlage des niedrigeren oder höheren Substanzwertes

Der Substanzwert[2] beeinflußt das Konkurrenzrisiko, jenen Teil des allgemeinen Unternehmerwagnisses, der in der Gefahr künftiger Gewinnminderung auf Grund neuer Konkurrenz besteht[3].

Je stärker der Substanzwert von dem höheren Ertragswert ziffernmäßig abweicht, desto höher ist das Konkurrenzrisiko[4]. Es ist umstritten, ob dieses Risiko bereits bei der Ermittlung der Größe "Zukunftsreinertrag" bzw. bei der Bestimmung des Kapitalisierungszinsfußes[5] oder nachträglich durch eine

1) Mellerowicz zählt von 15 verschiedenen Autoren vorgeschlagene Zinssätze auf, die zwischen 7 und 33 % schwanken; vgl. "Wert als Ganzes", S. 74/75; nach richtiger Ansicht kann die Höhe des Kapitalisierungszinses nicht allgemein festgelegt werden, sondern nur für einen "ganz bestimmten Betrieb". - So Mellerowicz a.a.O., S. 76; v.Colbe S. 113

2) Über Wesen und Ermittlung vgl. unten S. 49 ff;

3) vgl. v. Colbe S. 23; 116; Mellerowicz a.a.O. S. 21; Schmalenbach Beteil.fin. S. 57 ff; Hax "Beiträge" 48, 36 (39)

4) Mellerowicz "Wert als Ganzes", S. 21; Velder DB 55, 327 (327); Schnettler, Betriebsanalyse, S. 85; Gelhausen Wpg 48, 5 (9); Hax a.a.O. S. 39; Greiner ZfB 51, 21 (22); Hartmann S. 178 ff (192; 194); Töndury-Gsell., S. 241; - Jacob ZfB 60, 131 (146) wendet sich gegen die Annahme einer proportionalen Beziehung zwischen dem Ergebnis von Ertragswert minus Substanzwert und der Konkurrenzgefahr; ders., ZfB 61, 231 (241/242); - vgl. auch Jacob ZfB 61, 231 (242): die durchschnittliche Kapitalverzinsung der betrachteten Branche als Anhaltspunkt für die Größe des Konkurrenzrisikos; zustimmend: Heigl in ZfB 62, 513 (516)

5) Schnettler, Betriebsanalyse, S. 85 erwähnt die letztere Möglichkeit als eine unter mehreren; - Mellerowicz a.a.O. S. 95: alternativ; - Frank Wpg 63, 81 (84): alternativ; v. Colbe S. 121: die Gefahr der Konkurrenzzunahme sei bereits im speziellen Absatzrisiko und, soweit hier nicht möglich, als Teil des allgemeinen Unternehmerwagnisses im Kapitalisierungszinsfuß zu veranschlagen. - kritisch: Jacob ZfB 60, 209 (211); vgl. auch Jacob ZfB 61, 231 (239); - ablehnend: Gelhausen a.a.O. S. 9

Verminderung des Überschusses des Ertragswertes über den Substanzwert berücksichtigt werden soll.[1] Die überwiegende Meinung befürwortet eine nachträgliche rechnerische Erfassung des Konkurrenzrisikos und korrigiert den Ertragswert zum endgültigen Unternehmenswert[2].

Für die Korrektur zum Gesamtwert der Unternehmung, bei dem die Konkurrenzgefahr berücksichtigt ist, werden verschiedene Wege aufgezeigt.

Die einfachste Methode errechnet das arithmetische Mittel aus der Summe von Ertrags- und Substanzwert[3]. - Gewogene Mittelwerte stellen demgegenüber eine Verfeinerung dar[4]. Nach der Methode der "Übergewinnkapitalisierung" wird der über die jährliche "Normalverzinsung" des Substanzwertes hinausgehende Gewinn mit einem höheren Zinsfuß kapitali-

---

1) So Schmalenbach, Beteil. fin. S. 60 ff; Schnettler, Betriebsanalyse, S. 85; Velder DB 55, 925 (927); Gelhausen Wpg 48, 5 (9); Husemann, DB 51, 329 ff; Hax "Beiträge" 48, 36 (39); Lehmann ZfB 54, 65 (73): allerdings vorsichtig; Ertragswert und Stubstanzwert geben die Wertspanne an, innerhalb deren der wirkliche Unternehmenswert zu suchen ist. - Ders., ZfB 54, 465 (478);

2) vgl. die in der voraufgehenden FN Genannten; vgl. aber auch Gelhausen, a.a.O.: der korrigierte Ertragswert ist erst der eigentliche Ertragswert. - Schmalenbach a.a.O. S. 67 spricht von einem "Zukunftsertragswert mit Berücksichtigung der Konkurrenzgefahr". - Hax a.a.O. S. 40: "korrigierter Ertragswert".

3) Schmalenbach a.a.O. S. 60; Hax a.a.O. S. 40: einfach und praktisch brauchbar; Husemann DB 51, 329 (330): grob, aber nicht unbrauchbar; - Richtlinien U.E.C. S. 22: grundsätzlich nicht ablehnend; vgl. auch S. 25 daselbst; Jacob ZfB 60, 131 (133): man wird sie dann nicht heranziehen, wenn der Schluß gerechtfertigt ist, daß der Unternehmenswert näher beim Ertragswert oder näher beim Substanzwert zu suchen ist. - Ders. ZfB 60, 209 (211): Berücksichtigung der Konkurrenzgefahr in sehr starrer Weise. Greiner ZfB 51, 21: "Logisch nicht haltbar"; - ablehnend: Mellerowicz "Wert als Ganzes", S. 139; Jonas Wpg 54, 531 (533); Frank Wpg 63, 81 (83); - Lehmann ZfB 54, 65 (74): als zu schematisch abzulehnen; - Hagest Wpg 50, 193 (195): Warnung vor schematischer Handhabung;

4) Husemann DB 51, 329 (330): nur Schätzung möglich; - Gelhausen Wpg 48, 5 (10): Schätzung notwendig; - Hartmann, S. 178 (202); - Lehmann ZfB 54, 65 (73): Schätzung auf Grund einer Beurteilung des Konkurrenzrisikos. - Greiner ZfB 51, 21 (22): will die Gewichtung des Ertragswertes durch Berücksichtigung der Relation von "kritischer Ertragsdauer" und Zeitdauer des Wirksamwerdens verstärkter Konkurrenz errechnen. - Velder DB 55, 925 (927)

siert[1]. - Mit der einfachen Mittelwertmethode stimmt diese Berechnungsart nur überein, wenn der Zinsfuß für die Kapitalisierung des errechneten Mehrgewinns gegenüber dem der Normalverzinsung zugrundegelegten doppelt so hoch ist[2].

Ein weiterer Weg ist durch die "Mehrwertabschreibung" gekennzeichnet[3]. Die jährlichen Zukunftserfolge werden gekürzt um die Tilgungsraten für den Mehrwert kapitalisiert; nach Ablauf des Abschreibungszeitraums werden die Gewinne der folgenden Jahre in voller Höhe kapitalisiert. - Schnettler[4] entscheidet sich hierbei für die geometrisch-degressive Abschreibungsmethode[5].
Dem Verfahren der befristeten Mehrwertabschreibung[6] steht eine andere Berechnungsart gegenüber, die Abschreibungen für alle künftigen Jahre in Ansatz bringen will[7].
Die Mehrwertabschreibung wird von Mellerowicz[8] und von v. Colbe[9] ausdrücklich abgelehnt. Aber auch andere Autoren äußern Bedenken[10].

---

1) Fritz ZfhF 1911/12, S. 473 f; - mitgeteilt von Schmalenbach, Beteil.fin. S. 68; - vgl. auch v.Colbe, S. 117 mit weiteren Lit.hinweisen; Richtlinien U.E.C. S. 23 (ablehnend); Mellerowicz "Wert als Ganzes" S. 95 (ablehnend);- Jacob ZfB 60, 131 ff (140); ders. ZfB 61, 231 (238); Münstermann, HWB, 1956, "Firmenwert", S. 1955; - Jacob ZfB 60, 209 (211): elastischer gegenüber der Mittelwertmethode; die Höhe des Zinsfußes, mit dem die Übergewinne zu kapitalisieren sind, richtet sich nach der Stärke des erwarteten Konkurrenzdruckes.
2) vgl. auch Richtlinien U.E.C. S. 23; Glunz S. 59;
3) vgl. Schmalenbach, Beteil.fin. S. 69 ff; diese erscheint ihm als die zuverlässigste der drei aufgezeigten Möglichkeiten (S. 71); - Schnettler, Betriebsanalyse, S. 86; v. Colbe, S. 117; Hax a.a.O. S. 40; Jacob ZfB 1960, 131 ff (134-137);
4) Betriebsanalyse S. 86
5) anders Schmalenbach a.a.O., S. 72: Absetzung gleichbleibender Jahresbeträge.
6) Jacob ZfB 60, 131 (136); ders. ZfB 60, 209 (215)
7) letztere beschrieben von Jacob ZfB 60, 131 (134 ff) und ausführlich begründet in ZfB 60, 209 (211); die Ansicht beruht auf einem eigenwilligen Begriff der Abschreibung: Bereitstellung von Mitteln zur laufenden, künftigen Ergänzung des Bestandes an adjunktiven Wirtschaftsgütern.
8) a.a.O. S. 93; 94; 95; 139;
9) a.a.O. S. 121
10) vgl. Gelhausen Wpg 48, 5 (49): nur vorgetäuschte Genauigkeit; - Schnettler Wpg 48, 13 (14): zwar die wichtigste Verfeinerung, aber kein allgemeingültiges Schema.-Forster NB 53, 110 (112): Annahme unrealistisch, daß Gegenwerte der Mehrwertabschreibung keinen Zins erbringen.

Neben dem Streit um die Frage, in welcher Phase der Unternehmensbewertung und auf welche Weise das Konkurrenzrisiko berücksichtigt werden soll, bringen - bei einer nachträglichen Korrektur des Ertragswertes - die verschiedenartigen Berechnungsmethoden[1] Unsicherheit in die Ermittlung des wirklichen Wertes der Unternehmung und tragen dazu bei, daß ein eindeutiges Ergebnis in der Unternehmensbewertung nicht erzielt werden kann.

Das gleiche Bild einer fehlenden gesicherten Übereinkunft in der Sache und Methode zeigt sich, wenn bei der Korrektur zum Unternehmenswert der Ertragswert niedriger ist als der Substanzwert.

Während Lehmann[2], Schmalenbach[3], Mellerowicz[4], Hagest[5] und grundsätzlich auch Gelhausen[6] den niedrigeren Ertragswert als den "entscheidenden Wert"[7] der Unternehmung ansehen, hält Husemann[8] den höheren Substanzwert für maßgeblich[9].

Andere Autoren stellen auf einen Mittelwert bzw. Zwischenwert ab; und zwar Schnettler[10] mit der Begründung, der Ertragswert könne nicht genau genug errechnet werden, Hax mit dem Hinweis, der Wert der Anlagen sei geringer als ihr Re-

---

Gegen die befristete Mehrwertabschreibung: Jacob ZfB 60, 209 (215/216): der Widerspruch liegt darin, daß auf der einen Seite zwar eine Geschäftswertabschreibung durchgeführt wird, auf der anderen Seite aber die Erhaltung der Übergewinne vom n-ten Jahre an unterstellt wird.

1) die nur unter ganz engen Voraussetzungen zu einem einheitlichen Ergebnis führen können; vgl. hierzu Jacob ZfB 60, 131 (135; 137); ders., ZfB 61, 231 (238, FN 23); - vgl. Hartmann, S. 178 ff (200): in Wissenschaft und Praxis keine einheitliche Auffassung über die Bildung des Unternehmenswertes aus Substanz- und Ertragswert.
2) ZfB 54, 65 (73) und ZfB 54, 465;
3) "Beteil.fin.", S. 65
4) "Wert als Ganzes" S. 139, unrichtig Glunz, nach dessen Ansicht Mellerowicz einen "Zuschlag zu dem vorläufigen Ertragswert für das negative Konkurrenzrisiko" berechnet; (S. 60)
5) Wpg 50, 193 (197)
6) Wpg 48, 5 (10)
7) Schmalenbach a.a.O. S. 65
8) DB 51, 329 (330/331)
9) für den höheren Substanzwert auch Lukes DB 54, 1016;
10) Betriebsanalyse S. 90

produktionswert[1]).
Im Hinblick auf die Korrektur des Ertragswertes zum Unternehmenswert verdienen die Ausführungen von Hartmann[2]) Zustimmung, daß dem "Gutachter in hohem Maße Freizügigkeit" gewährt ist, "die sich auswirken kann zu müheloser Aufhebung oder Vervielfachung der an zahlreichen Stellen des Bewertungsverfahrens angewandten Verfeinerungen sowie der entstandenen Fehler".

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Ertragswertmethode das Prinzip der Bewertung einer Unternehmung als wirtschaftliche Einheit im Ganzen verwirklicht, indem sie von dem zukünftigen wirtschaftlichen Nutzen eben der einheitlichen Unternehmung ausgeht. - Entsprechend dem theoretischen Ausgangspunkt und im Hinblick auf das Ziel, den wirklichen Wert der Unternehmung und damit des Gesellschaftsvermögens im Sinne der §§ 738 II BGB, 105 II HGB zu ermitteln[3]), wird dieser Wertungsweg von der gesetzlichen Vorschrift vollauf gedeckt. Die gesetzliche Regelung enthält jedoch damit keine eindeutige Wertfindung. Dieser Mangel ist zunächst in der Tatsache begründet, daß alle Größen der Ertragswertmethode geschätzt werden müssen und daher in der Praxis große Schwierigkeiten bereiten[4]). Diese Unsicherheit kann auch durch eine Verbesserung der Berechnungsmethoden nicht auf einen annehmbaren oder gar unwesentlichen Restfaktor herabgesetzt werden[5]). Ein annähernd genaues, den "wirklichen Wert" des Gesellschaftsvermögens widerspiegelndes Ergebnis kann bereits wegen dieser im Tatsächlichen begründeten Schwierigkeiten auf der Grundlage der Ertragswertmethode nicht erzielt werden.
Den Charakter der mangelnden Eindeutigkeit erfährt die gesetzliche Regelung aber entscheidend durch die unterschiedlichen - teils theoretisch fundierten, teils im Hinblick auf ein brauchbares Ergebnis gefaßten - Auffassungen über die Handhabung der Ertragswertmethode im einzelnen. - Die diver-

1) "Beiträge" 48, 36 (40); Husemann a.a.O. S. 10, billigt dieses Ergebnis nur, wenn und soweit der niedrigere Ertragswert nachweisbar auf einem im Ertragswert zu hoch angesetzten Abschreibungsaufwand beruht. - Für einen Zwischenwert auch Viel, Fain und Berg, mitgeteilt bei Schnettler, Betriebsanalyse, S. 91; vgl. Viel Wpg 54, 241 (245): es geht nicht an, "kurzerhand jeden Mehrbetrag des Sachwertes zu ignorieren". - In diesem Sinne auch Viel nach Kenntemich Wpg 56, 193 (196)
2) S. 178 ff (201)

gierenden Auffassungen betreffen rein betriebswirtschaftlich-begriffliche Fragen, wie die Abgrenzung der Größe Jahreserfolg zum Teil gezeigt hat, sowie einen von praktischen Aspekten kaum lösbaren Sachkomplex, dessen theoretische Durchdringung und methodische Behandlung nicht einfach ist und der seine vielschichtige Problematik letztlich aus der komplexen Wirklichkeit einer im Wirtschaftsprozeß stehenden Unternehmung erhält.

BB) Wertbestimmung durch Addition von Einzelwerten

I) Die Ermittlung des Substanzwertes

1) Bewertungsobjekt

Bei der Ermittlung des Substanzwertes wird das Prinzip der Bewertung einer Wirtschaftseinheit als Ganzes nicht berücksichtigt[1]. - Gegenstand der Bewertung sind die im Betrieb gebundenen, einzelnen Wirtschaftsgüter, unter Beachtung der Fortführung des Unternehmens.[2] [3].

3) vgl. Schnettler, Betriebsanalyse, S. 60, 66, 82: "theoretisch allein richtig"; - ähnlich Walb ZfhF 40, 1 ff (8)
4) vgl. Schnettler, Betriebsanalyse S. 60, 66, 82;
5) vgl. Husemann DB 51, 137 (139)

1) Andere Bezeichnungen für Substanzwert:
Schmalenbach, Beteil.fin, S. 61/62: Reproduktionswert
Viel Wpg 54, 364 (365): Reproduktionskostenwert
Walb ZfhF 1940, 1 ff (9): Substanzzeitwert
Mellerowicz "Wert als Ganzes" S. 38/39: Teilreproduktionskostenwert

2) vgl. auch Bankmann, S. 15

3) Sieben ZfB 1963, 37 ff (42) stellt dem Substanzwert als einer objektiven, gegenwartsbezogenen und nach dem Prinzip der Einzelbewertung zu ermittelnden Wertgröße eine subjektive, zukunftsbezogene und global zu bestimmende Wertkategorie gegenüber. Der Substanzwert wird von Sieben als Investitionsvoraus - vorgeleistete Ausgaben oder Ausgabenersparnis - gemessen an einer bestimmten Vergleichsalternative begriffen. - Wie v.Colbe - "Der Zukunftserfolg", 1957 - den Zukunftserfolgswert mit Hilfe der Einnahme-Ausgabe-Rechnung bestimmt und damit die Unternehmensbewertung in den weiteren Rahmen der Investitionsrechnung stellt, so will Sieben den Substanzwert dem Instrumentarium der Investitionsrechnung zugängig machen. Auf diese Weise soll eine Brücke zur subjektiven Erfolgsbewertung geschlagen werden. -
Der Substanzwert wird damit jedoch zum Bestandteil des Zukunftserfolgswertes und ist nicht mehr selbständige Einflußgröße für den Wert der Unternehmung.

Überwiegend wird der Substanzwert des Reinvermögens ermittelt[1], Mellerowicz[2] und andere[3] [4] fassen die Summe der einzelnen Vermögensteile ohne Rücksicht auf die Finanzierungsquellen zum Substanzwert des Rohvermögens zusammen.

Weitgehend Einigkeit besteht darüber, daß für die Ermittlung des Substanzwertes nur das betriebsnotwendige Vermögen in Betracht kommt[5], während die anderen - nicht betriebsnotwendigen Wirtschaftsgüter mit dem Liquidationswert anzusetzen sind[6] [7]. Doch kann die Frage der Abgrenzung für die

---

1) vgl. Bankmann S. 19; Gelhausen Wpg 48, 5 (7); Tittel BfuP 49, 69 (77); Koehler, S. 46; Schwarze S. 14; 16; v.Colbe S. 20 mit weiteren Lit.angaben in FN 50; Lehmann ZfB 54, 65 (69); Schmalenbach, Beteil.fin. S. 66; Herzog DB 62, 1615; Gothe DB 62, 1477; Forster Wpg 62, 478 (480); Klinger DB 62, 413 ff (415); Günther DB 62, 577 ff (577/578); Heigl ZfB 62, 513 (520/521); Bodarwé Wpg 63, 89 ff (92); Bankmann Wpg 63, 92 (92/93); Klinger DB 63, 1095 (1096);

2) "Wert als Ganzes", S. 30; konsequent, denn Mellerowicz ermittelt den Wert der Unternehmung unabhängig von der Finanzierungsweise.

3) so auch die Richtlinien U.E.C., S. 31; Kolbe, 1954, S. 22; ders. Wpg 63, 179 (180); Viel DB 62, 746 ff; ders. Wpg 63, 56 ff;

4) Eine Kürzung des Substanzwertes um die am Substanzbewertungsstichtag auf den unversteuerten stillen Reserven lastenden künftigen Ertragssteuern - vgl. Bankmann Wpg 59, 148 ff; ders., "Substanzwert", S. 59 f - wird nach dem jüngsten Stand der Diskussion von der Bewertungspraxis jedenfalls für Personalgesellschaften überwiegend abgelehnt. - vgl. Peupelmann DB 61, 1397 f; Bodarwé Wpg 62, 281 ff; Heudorfer Wpg 62, 530 ff; Klinger DB 1963, 457 (459/460);

5) Viel Wpg 54, 364; Vélder DB 55, 925; Bankmann S. 17/18; Tittel BfuP 49, 69 (77) unterscheidet Normal- und Überschußsubstanz; v.Colbe S. 20; Mellerowicz "Wert als Ganzes" S. 30; Schnettler, Betriebsanalyse, S. 61;

6) Schnettler, a.a.O.;

7) Bei einem Vergleich der Ergebnisse verschiedener Wertungsmethoden ist darauf zu achten, daß die Wertgrößen einander entsprechen. Gemäß der Eliminierung nicht betriebsnotwendiger Vermögensteile aus dem Substanzwert sind die betriebsfremden Erfolgskomponenten aus dem Ertragswert auszuscheiden. - vgl. Schnettler, Betriebsanalyse, S. 82 - v. Colbe S. 21; Gelhausen Wpg 48, 5 (7); Lehmann Wpg 54, 65 (69);
Zieht man Verbindlichkeiten - soweit verzinslich - beim Substanzwert ab, müssen die Fremdkapitalzinsen die zu kapitalisierenden Ertragsgrößen mindern.-vgl. Bankmann Wpg 63, 92 ff (92).

Bewertungspraxis große Schwierigkeiten bereiten[1].

2) Wertermittlung

Als Wertansatz für die zu bewertenden Wirtschaftsgüter der Unternehmung kommt der Tageswert des Beschaffungsmarktes in Betracht[2] [3] [4]. Das entspricht der Regelung des § 738 BGB, der die vorteilhafteste Verwertung des Unternehmensganzen unterstellt und nicht von einer Zerschlagung der Wirtschaftseinheit mit der anschließenden Veräußerung der Einzelwerte ausgeht[5]. Im Hinblick auf den Kauf bzw. die Fortführung einer Unternehmung interessieren lediglich die Beschaffungs-, nicht aber die Veräußerungszeitwerte[6].

Andere Autoren[7] stellen dagegen auf den Teilwert (§ 6 I Ziff. 1 EStG) als einen "allen Verhältnissen sich anpassenden Wertbegriff" ab[8]. - Auf die Unzulänglichkeit des Teilwertbegriffes hat u.a. Koch[9] hingewiesen. - Nach der Konzeption des Teilwertes soll der Gesamtkaufpreis einer Unternehmung in Teilpreise zerlegt werden, welche die Einzelgüter erzielen. - Dabei taucht ein kaum lösbares Zurechnungsproblem auf[10].

Der Preis eines Gesamtgutes bildet begrifflich nicht die Summe der Preise, "die bei gesondertem Verkauf aller Bestandteile erzielt" werden[11]. "Vielmehr sind das Gesamtgut und die einzelnen Bestandteile Güter eigener Art, die auf verschiedenen Teilmärkten unter ganz unterschiedlichen Marktbedingungen gehandelt werden"[12].

---

1) vgl. hierzu Glunz, S. 67; Viel Wpg 54, 364/365: keine feststehenden Größen; Abgrenzung abhängig von der Konjunkturlage und den Beschaffungsmöglichkeiten. - Bankmann S. 18; Mellerowicz "Wert als Ganzes", S. 31; - Lehmann ZfB 54, 65 (71);

2) Viel Wpg 54, 364 (365); Velder DB 55, 925; Bankmann, S. 17; Mellerowicz "Wert als Ganzes", S. 37: Der Reproduktionskostenwert sagt dem Unternehmer, welchen Wert die einzelnen Teile seines Betriebsvermögens am Tage der Bewertung im Beschaffungsmarkt haben.
Gelhausen Wpg 48, 5 (7); Tittel BfuP 49, 69 (78); Schwarze, S. 67; Hax "Beiträge" 48, 36 (39);

3) Nach Leitner "Bilanztechnik" S. 48, soll der Veräußerungszeitwert maßgebend sein.

4) Lehmann ZfB 54, 65 (69/70): im Hinblick auf die Käuferentscheidung, ob in Zukunft eine entsprechende Unternehmung ins Leben gerufen werden solle oder nicht, seien die künftig zu erwartenden Preise maßgebend.

Der überwiegend als maßgeblich betrachtete Beschaffungszeitwert ist allerdings oft nur mit großen Schwierigkeiten zu ermitteln. Zugrundezulegen sind die Wiederbeschaffungskosten vergleichbarer Vermögensgegenstände am Bewertungsstichtag[1]. Soweit es sich um neuwertige Gegenstände gleicher Kapazität und Qualität handelt, müssen von dem Reproduktionskostenneuwert Abschreibungen entsprechend der technischen [2] Abnutzung sowie der wirtschaftlichen und sonstigen Wertminderung der vorhandenen Wirtschaftsgüter abgezogen werden[3]. Geht die Ermittlung des Beschaffungszeitwertes von den Preisen technisch-leistungsfähigerer Anlagen aus, so müssen die bisher periodisch angefallenen Kosten der alten Anlage mit den entsprechenden laufenden Kosten der neuen Anlage verglichen werden[4].
Ist eine vergleichbare Beschaffungsmöglichkeit nicht mehr gegeben, so kann man lediglich auf die letzten Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten der Vergleichsgüter zurückgreifen und diese mit Hilfe von Preisindices auf den Bewertungsstichtag beziehen[5].

---

5) vgl. Hueck, OHG, S. 292 FN 49; RG in ZAKDR 1942, 74 (75) = DR 41, 1301 (1303);
6) vgl. auch Tittel BfuP 49, 69 (78); Glunz S. 66
7) Koehler S. 39; Sudhoff, NJW 49, 88 (90)
8) Koehler a.a.O.
9) ZfhF 1960, 319, (320)
10) vgl. Kosiol, "Bilanzreform" S. 145
11) Koch a.a.O., S. 320;
12) Koch a.a.O.;

1) vgl. v. Colbe, S. 20; Tittel BfuP 49, 69 (78);
Bei Sachanlagegütern ist der niedrigste Preis einer gleich leistungsfähigen Anlage maßgebend; vgl. Mellerowicz "Wert als Ganzes" S. 39; Schmalenbach ZfhF 1912/13, 1 ff (16); auf die Schwierigkeiten der Bewertungspraxis weisen Hartmann, S. 178 (179/180) hin sowie Heigl ZfB 62, 513 (515);
2) Die Abschreibung wegen technischen Verschleißes ist in Wahrheit eine dispositionsbedingte Abschreibung.
3) vgl. Tittel BfuP 49, 69 (78); v.Colbe, S. 20; Schnettler, Betriebsanalyse, S. 22; Mellerowicz "Wert als Ganzes" S. 40; 42; stellt allein auf die wirtschaftliche Wertminderung ab, die im Taxverfahren, nicht rechnerisch, zu ermitteln sei.
4) vgl. Schnettler, Betriebsanalyse, S. 22; 63;
5) vgl. Glunz S. 69;
Die Anwendung von Preisindices und daneben die Zusammenfassung von Gegenständen zu Bewertungseinheiten sind auch sonst ein Ausweg aus den Schwierigkeiten der Bewertungspraxis; vgl. Hartmann, S. 178 (179/180);

Forderungen und Schulden sind mit ihrem Barwert anzusetzen[1]. Die Wiederbeschaffungskosten bestimmter immaterieller Wirtschaftsgüter, insbesondere der lebenden Organisation, lassen sich meistens nicht hinreichend bestimmen. Die Mehrzahl der Autoren bezieht daher solche Positionen nicht in die Substanzwertberechnung ein und gelangt damit zum Teilreproduktionskostenwert der Unternehmung[2].

II) Die Berücksichtigung des Geschäftswertes

Bei der Ermittlung des Substanzwertes der Unternehmung sind weder die beim Aufbau und der Aufrechterhaltung der inneren und äußeren Organisation - Ruf und Kundenstamm gehören dazu - getätigten erfolgswirksamen Ausgaben[3] noch das Ergebnis einer übernormalen Ertragskraft der Unternehmung berücksichtigt worden.
In dieser Aufteilung erklärt sich nach Schmalenbach[4], Gutenberg[5], Münstermann[6], Auler[7], Hax[8] und Jacob[9] der "Geschäftswert"[10] [11] einer Unternehmung und stellt sich

1) vgl. Bankmann, S. 35
2) Mellerowicz "Wert als Ganzes", S. 39; Schmalenbach "Beteil. fin." S. 65; Hartmann, S. 178 (185); anders Lehmann ZfB 54, 465 (478): Wert der Organisation in Ansatz bringen.
3) diese waren nicht aktiviert.
4) Dynamische Bilanz, S. 127 ff; Schmalenbach (S. 129) spricht von good will Nr. 1 und Nr. 2.
5) HWB 1938, I, "Geschäftswert"
6) HWB 1958, II, "Firmenwert", S. 1953 (1954);
7) ZfB 1927, 839 ff (839)
8) "Beiträge", 1948, 36 (39)
9) ZfB 1960, 209 (212)
10) so auch Kolbe, 1954, S. 21; -
Schmalenbach a.a.O. spricht von "Kapitalisierungsmehrwert";
Schnettler, Betriebsanalyse, S. 83: "Unternehmensmehrwert", andere Bezeichnungen nach Münstermann, a.a.O. S. 1953: Geschäftsmehrwert, Ertragsmehrwert, Betriebsmehrwert;- kritisch zu weiteren Begriffen wie: good will, Firmenwert, Faconwert, Organisationswert: vgl. Glunz, S. 71 FN 1; Koehler, S. 47; Tittel BfuP 49, 69 (81); Auler ZfB 1927, 653 (659)
11) zu den beiden Bestandteilen des Geschäftswertes vgl. auch ausführlich Gelhausen Wpg 48, 5 (8/9); Kolbe, 1954, S. 19;

nach Schnettler [1] als Überschuß des Wertes, der unter Berücksichtigung des Prinzips der Bewertung einer wirtschaftlichen Einheit als Ganzes - hier des Reinertragswertes -[2] ermittelt worden ist, über die Wertgröße aus der Summe der Einzelwerte der Wirtschaftsgüter (Substanzwert) dar[3].
Die Anhänger derjenigen Methode, nach welcher sich der wirkliche Wert der Unternehmung aus der Addition der Einzelwerte ergibt, bringen daher überwiegend eine besondere Position "Geschäftswert" in Ansatz, um zu berücksichtigen, daß der Wert eines Unternehmens die Summe der selbständigen Einzelwerte übersteigen kann[4].
Dabei wird der Begriff des Geschäftswertes zwar nicht immer in der oben mitgeteilten Aufgliederung, doch überwiegend in keinem wesentlich anderen Sinne verstanden[5].

Allerdings stellt das RG im Urt. vom 11.9.41[6] einengend auf die im Machtbereich des Unternehmens liegenden, die Ertragsaussichten beeinflussenden Umstände ab[7] [8]. - Ähnlich

---

1) Betriebsanalyse, S. 83;
2) Der Börsenkurswert kommt gar nicht, der Leistungseinheitswert für die OHG praktisch kaum in Betracht; vgl. oben S. 25
3) so auch Bartke Wpg 61, 285 (291); vgl. aber auch Auler, ZfB 1927, 653 (658): Überschuß des Gesamtwertes der Unternehmung als Wirtschaftseinheit über die Summe der Einzelwerte.
4) Dür.-Hach.-Fl. II 2, § 138 A 11; Weipert in RGRK, § 138 A 30; Schlegelb.-Geßler, § 138 A 20; RGZ 94, 106 (108); RGZ 106, 128 (132); RG in LZ 1929, 1340 (1341); RG in JW 1936, 3118; Bach in Anmerkung zu diesem RG-Urt., JW 36, 3118 (3119); RG DR 41, 2674 (2675); RGZ 167, 260 (263); RG DR 42, 140 (141); RG ZAKDR 1942, 74 (76) = DR 41, 1301 (1303); RG in HRR 1939, Nr. 937; BGHZ 17, 130 (136); BGB-RGRK, 1960, § 738 A 4; Soergel-Siebert, § 738 A 6; Walb ZfhF 1940, 1 (11) kritisiert die "gleichmacherische Anschauung" der Rechtsprechung "bei den Abfindungen".
5) vgl. die in der voraufgehenden FN Genannten; ausgenommen: RGDR 41, 2674 ff; - vgl. weiter Koehler, S. 48 und die umfassende Analyse bei Gerstner, S. 340 ff;
6) DR 41, 2674 (2675)
7) Weipert in RGRK § 138 A 30 schließt sich nicht lediglich der einengenden Interpretation des RG a.a.O. an, sondern bestimmt den "Geschäftswert" i.S. der überwiegenden Meinung. - a.A.: Glunz S. 75 FN 3.
8) Daß der Geschäftswert nur als Ausdruck der überdurchschnittlichen Ertragskraft der Unternehmung aufgefaßt werden könne, ist entgegen der Ansicht von Glunz, S. 74 FN 6 den Ausführungen von v.Godin JW 36, 3512 (3513) und Knöchlein, DNotZ 60, 452 (465) weder ausdrücklich noch dem Sinnzusammenhang nach mit Bestimmtheit zu entnehmen.

definiert Großmann[1] einen "good will"-Begriff, der auf der individuellen "leistungssteigernden Kraft" der Unternehmung beruht[2]. Der zusätzliche Ertrag soll nicht in Betracht kommen, soweit er konjunkturell oder durch die Zugehörigkeit zu einer begünstigten Branche beeinflußt[3], auf die Verbesserung des Standorts durch außerbetriebliche Faktoren[4] oder auf eine Herkunftsbezeichnung zurückzuführen ist, die sich für eine Vielzahl von Unternehmungen ertragssteigernd auswirkt[5].

Von größerer Bedeutung als diese der überwiegenden Auffassung über das Wesen des Geschäftswertes entgegenstehenden Äußerungen sind jene Stellungnahmen, die im Rahmen der Unternehmensbewertung durch Addition von Einzelwerten und insbesondere bei der Erstellung einer Abschichtungsbilanz den Geschäftswert der Unternehmung unberücksichtigt lassen oder den Ansatz als selbständige Position nicht billigen.
Schönle[6] berechnet im Rahmen des § 738 BGB den Liquidationswert der Unternehmung; da er den Wert des lebenden Unternehmens nicht erfaßt, kommt für ihn ein Geschäftswert nicht in Betracht.
Der Vorschlag der deutschen Bücherrevisoren[7], den Geschäftswert nicht gesondert anzusetzen, sondern anteilig durch Höherbewertung der selbständigen Wirtschaftsgüter zu berücksichtigen[8], führt zu einem unlösbaren Zurechnungsproblem und damit zu willkürlichen Ergebnissen[9].
Walb[10] empfielt hinsichtlich der Beteiligung ausscheidender Gesellschafter am Geschäftswert größte Zurückhaltung[11].

---

1) ZfB 1933, 449 ff
2) a.a.O., 452
3) a.a.O., 456/457
4) a.a.O., 458
5) a.a./., 458
6) DB 59, 1427 (1428)
7) Beschl. des 8. Verbandstages der deutschen Bücherrevisoren ZHdlWiss 12, 250;
8) so auch Rehm, nach Auler ZfB 1927, 727 (728);
9) vgl. auch Dür.-Hach.-Fl. II 2, § 138 A 11: "nicht empfehlenswert; ablehnend auch Auler ZFB 1927, 727 (728)
10) ZfhF 1940, 1 ff (13)
11) Walb a.a.O.: "Schaum auf dem Bier".

Koehler[1] will nur "dem in der Firma mitarbeitenden Gesellschafter"[2] einen Anteil am Geschäftswert zubilligen. Gegen ihn wendet sich Glunz[3] mit überzeugenden Argumenten.
Wenn sich auch die überwiegende Meinung für eine gesonderte Berücksichtigung des Geschäftswertes und eine volle Beteiligung des ausscheidenden Gesellschafters hieran ausspricht, so kann auf Grund der entgegenstehenden Auffassungen doch von einem gesicherten Ergebnis für die Wertfindung nicht gesprochen werden.

Für die Ermittlung des Geschäftswertes sind die direkte und die indirekte Methode zu unterscheiden. Nach der letzteren[4] wird der Geschäftswert auf dem Wege über den Gesamtwert der Unternehmung als Differenz zwischen diesem und dem Sachwert errechnet[5].
Da jedoch der Gesamtwert gerade gesucht wird, kann er nicht als bekannte Größe in die Berechnung einbezogen werden[6].
Der direkten Methode zur Ermittlung des Geschäftswertes kann der Durchschnittsumsatz, der durchschnittliche Gewinn oder der Übergewinn als Schätzfaktor zugrundeliegen.
Wird der Durchschnittsumsatz mit einem Faktor multipliziert[7], so geht man davon aus, daß sich der Gewinn proportional zum Umsatz verhält. Im Hinblick auf fixe Kosten entspricht diese Annahme jedoch nicht der Wirklichkeit.
Insoweit entfällt die Kritik, wenn der Geschäftswert durch Multiplikation des Durchschnittsgewinns mit einem Faktor ermittelt wird[8]. - Doch ist hier wie im vorigen Fall die Bestimmung des Multiplikationsfaktors recht problematisch.
Statt des Gewinns wird häufig der Übergewinn, der sich aus dem Gesamtgewinn nach Abzug der Summe aus Zinsen auf den Substanzwert und dem Unternehmerlohn ergibt, der Multiplika-

1) Koehler S. 47
2) vgl. dagegen BGHZ 17, 130 (136): auf die tätige Mitarbeit kommt es nicht an.
3) S. 74
4) vgl. Münstermann, HWB, 1956, II, "Firmenwert", S. 1953 (1955); Hueck, OHG, S. 293; Sudhoff NJW 49, 88 (91); Schwarze S. 73; Koehler S. 52;
5) für die indirekte Methode: Richtlinien U.E.C. S. 39; 59 f;
6) vgl. Glunz S. 77
7) vgl. Münstermann, HWB, II, "Firmenwert", S. 1953 (1956); Schwarze, S. 76
8) Münstermann, a.a.O., S. 1956.

tion zugrundegelegt[1].

Der Multiplikationsfaktor kann sich, wenn der Geschäftswert als Barwert aller zukünftigen Übergewinne aufgefaßt wird[2], als Kapitalisierungsfaktor aus der Formel für ewige Renten ergeben. Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß bei dieser Ermittlungsmethode die Schwierigkeiten der Ertragswertberechnung auftauchen, insbesondere die Bestimmung des Kapitalisierungszinsfußes notwendig ist. Wenn aber zur Ermittlung des gesonderten Geschäftswerts Größen der Ertragswertberechnung erforderlich sind, ist in Wirklichkeit nichts gewonnen[3].

Stellt man mit Fluch[4] auf das Verhältnis der Selbstkosten der Unternehmung zu den branchendurchschnittlichen Selbstkosten einerseits und auf den "Betriebsumsatz" andererseits ab, so erhält das Ergebnis keine größere Überzeugungskraft[5].

Der Ansatz des Geschäftswertes[6] führt wegen der Unsicherheit der Ermittlungsmethoden und Schätzungsfaktoren zu einer mit Momenten des Zufalls, des Ermessens und der Willkür durchsetzten Größe.

Da der Geschäftswert zur Aufstockung des Substanzwertes verwandt wird, erleidet die Wertermittlung durch Addition von Einzelwerten neben ihrer theoretischen Angreifbarkeit[7] eine entscheidende Einbuße an ergebnisbezogener Aussagefähigkeit, obwohl die Substanzwerte der selbständig bewertbaren Wirtschaftsgüter der Unternehmung mit geringeren Schwierigkeiten zu ermitteln sind als die Größen der Reinertragswertmethode.

---

1) vgl. Koehler, S. 49 ff mit weiteren Lit.angaben; insbesondere S. 51; RG JW 36, 3118; Münstermann, a.a.O., S. 1955; Sudhoff NJW 49, 88 (91); Jacob ZfB 60, 131 (141): Verfahren der Übergewinnabgeltung; ders., kritisch in: ZfB 60, 209 (217 ff); ders., ZfB 61, 231 (243/244);

2) vgl. Koehler S. 50; Sudhoff, GV, S. 254; ders., NJW 49, 88 (91);
Die Berechnung des Barwerts der "zukünftigen good-will-Renten"-"Methode der verkürzten good-will-Rentendauer mit Zinseszinsen" - empfehlen die Richtlinien U.E.C. S. 24/25;

3) vgl. auch Schwarze, S. 73; 76;

4) "Status der Unternehmung" S. 36 ff

5) vgl. Glunz, S. 80; Schwarze, S. 78;

6) Koehler, S. 49: "eine objektiv richtige Wertfestsetzung wird angesichts der verschiedenartigen hierbei mitwirkenden Faktoren regelmäßig nicht zu erreichen sein".

7) vgl. oben S. 23; auch S. 51

Eine genaue Aussage über den wirklichen Wert der Unternehmung und damit des Gesellschaftsvermögens im Sinne der §§ 738 II BGB, 105 II HGB ist auch im Wege der Wertermittlung durch Addition von Einzelwerten nicht möglich. Die Gründe sind sowohl theoretischer als auch praktisch-methodischer Art.

B) Die Beteiligung des Ausgeschiedenen an der Differenz zwischen dem festgestellten Wert des Gesellschaftsvermögens und dem Buchwert

Die positive oder negative Differenz zwischen dem ermittelten Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens und dem Buchwert wird auf die fortgeschriebenen Kapitalkonten der letzten Jahreserfolgsbilanz verteilt, und zwar nach fast einhelliger Meinung im Verhältnis der Gewinn- und Verlustanteile der Gesellschafter[1], nicht dagegen entsprechend den buchmäßigen Kapitalanteilen.
Während dieses Ergebnis überwiegend mit dem Hinweis auf die §§ 105 II HGB, 738 I, 734 BGB begründet wird[2], verweisen andere Autoren[3] auf die Vorschriften der §§ 155 i.V. mit

1) RG in JW 1926, 2894 (2896); mit zustimmender Anmerkung von Fischer, daselbst, S. 2894 (2895); RG JW 1936, 3118; Barz in Anm.z.Urt. des RG vom 6.1.40; DR 41, 1303 (1303/1304); v. Godin JW 36, 3512; BGHZ 17, 130 (136); zustimmend: Ganssmüller NJW 56, 299/300; Schlegelb.-Geßler § 138 A 22; Schönle DB 59, 1427 (1429); Weipert in RGRK § 138 A 34; Baumbach-Duden, 1962, § 138 4, D; Hueck, OHG, S. 294; Schwarze S. 50; Tittel a.a.O., S. 185; Dür.-Hach.-Fl. II 2 § 138 A 10; Sudhoff, GV, S. 255; Knöchlein DNotZ 60, 452 (462);- a.A.: Bach JW 36, 3118 (3119) in Anm. zum RG-Urt. vom 12.6.36, beruft sich für eine Verteilung des Mehrbetrages nach dem Verhältnis der Kapitalanteile auf § 155 HGB. - Diese Vorschrift führt jedoch bei richtiger Auslegung zur Verteilung des Überschusses nach Gewinnanteilen; vgl. auch Hueck, OHG, S. 294 FN 59, und S. 336;

2) vgl. Barz, a.a.O.: § 734 BGB entspricht mehr als § 155 HGB der "Sachlage". - RG JW 1936, 3118; RGZ 114, 131 (135); JW 1926, 2894 (2896) mit zust. Anm. von Fischer; v. Godin JW 1936, 3512: § 155 setzt eine durchgeführte Liquidation voraus (S. 3513), es bleibt daher nur die Anwendung der §§ 738, 734 BGB; gegen ihn Glunz, S. 85/86;- Weipert, a.a.O.; Koehler, S. 63; Sudhoff, GV, S. 255; ders., NJW 57, 731 (734) bezüglich der Verteilung des bei der Liquidation einer OHG erzielten Erfolges; - Hueck, OHG, S. 294 FN 59; RG HRR 1939, Nr. 937;

3) vgl. Glunz S. 84 ff; Schönle DB 59, 1427 (1428/1429);

§§ 120, 121 HGB analog[1].

Eine Stellungnahme hierzu muß davon ausgehen, daß es sich bei der Zumessung des Abschichtungsanspruchs um eine Rechtsfolge des Ausscheidens aus der OHG handelt. § 138 HGB bestimmt zwar, wann ein Gesellschafter ausscheidet, regelt jedoch nicht die Rechtsfolgen. Gemäß § 105 II HGB gilt daher das Recht des BGB. Nach § 738 I Satz 2 BGB haben die verbleibenden Gesellschafter dem Ausscheidenden u.a. "dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens aufgelöst worden wäre". - Für den Fall der Auflösung sieht das Gesetz in § 734 BGB eine Überschußverteilung nach dem Verhältnis der Anteile am Gewinn vor. Für die Ausgleichung eines Fehlbetrages ist das Verhältnis der Verlustanteile maßgebend (§ 735 BGB).
Die Vorschriften der §§ 734, 735 BGB können nicht unmittelbar angewendet werden; die Verhältnisse der OHG sind zu berücksichtigen. - Immerhin bestimmt der Ergebnisverteilungsschlüssel die Beteiligung des ausgeschiedenen Gesellschafters an der Differenz zwischen dem festgestellten Wert des Gesellschaftsvermögens und dem Buchwert. - Maßstab für die Ergebnisverteilung ist die vertragliche Vereinbarung der Gesellschafter oder die gesetzliche Regelung der §§ 120, 121 HGB[2].

---

1) vgl. Glunz und Schönle a.a.O.: für die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters gehe § 155 HGB betr. die Verteilung des Liquidationserlöses gemäß § 105 II HGB der Verteilungsvorschrift des § 734 BGB vor. Aus § 155 HGB ergebe sich zwar nicht, nach welchem Maßstab der Differenzbetrag zwischen dem festgestellten Wert des Gesellschaftsvermögens und dem Buchwert zu verteilen sei, - vgl. Glunz S. 86 - doch könnten die Vorschriften des HGB über die Verteilung des Jahresergebnisses (§§ 120, 121 HGB) analog angewendet werden. -
vgl. Glunz, S. 88 bzgl. des auf die stillen Reserven entfallenden Differenzbetrages; S. 90 bzgl. des Teils des Differenzbetrages, der durch den Geschäftswert gebildet wird. - vgl. auch Schönle, a.a.O., S. 1429;

2) Auch bei einem Wechsel des Gewinnverteilungsschlüssels im Laufe der Jahre kommt es allein auf den zur Zeit des Ausscheidens geltenden an.- Vgl. Hueck, OHG, S. 294 FN 59: auf Grund stillschweigender Vereinbarungen der Gesellschafter; - Glunz S. 92: andere Regelung undurchführbar;- Weipert in RGRK § 154 A 10; -
a.A.: Schönle DB 1959, 1427 (1430): Durchschnitts-Ergebnisschlüssel; - eine Übersicht zur Problematik gibt Knöchlein, DNotZ 1960, 452 (462/463).

C) Fälligkeit der Abschichtungsforderung

Gemäß § 271 I BGB kann der Anspruch auf Zahlung des Abschichtungsguthabens grundsätzlich sofort geltend gemacht werden.

Doch ist "sofort" nicht buchstäblich zu verstehen[1]. Der Gläubiger kann die Leistung verlangen, "sobald der Schuldner sie unter Berücksichtigung der gerade für ihn erforderlichen Vorbereitungszeit bewirken kann"[2].

Danach können die Erben des durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters Zahlung begehren, sobald das Abschichtungsguthaben festgestellt[3] ist[4].

Ob die gesetzliche Regelung darüber hinaus einen Aufschub der Fälligkeit oder doch ein Hinausschieben des Auszahlungszeitpunktes gestattet, läßt sich generell nicht beantworten. Die Leistung ist nicht "sofort" fällig, wenn sich aus dem Gesetz oder aus den Umständen etwas anderes ergibt.

Andere, die Fälligkeit der Abfindungsforderung betreffende gesetzliche Vorschriften sind nicht ersichtlich.

Als "Umstände" im Sinne des § 271 BGB kommen die Natur des Schuldverhältnisses, die Art der Leistung und die mutmaßliche Parteiabsicht unter Berücksichtigung der Verkehrssitte in Betracht[5]. - Die Art der Leistung - Zahlung des Abschichtungsguthabens als Geldleistung - bietet keine Möglichkeit, die Fälligkeit hinauszuschieben. - Hinsichtlich der Natur des Schuldverhältnisses ist zu beachten, daß der Treuegedanke, der das gesamte Gesellschaftsverhältnis beherrscht[6], auch für die Regelung des Ausscheidens gilt[7]. Nach Ansicht von Hueck[8] ist daher die Auszahlung des Abschichtungsguthabens so zu gestalten, daß die OHG weiterbestehen kann und in ihrer Existenz nicht gefährdet wird. Doch seien auch

---

1) Enn.-Lehmann § 24 I 1, S. 106;
2) Soergel-Siebert, § 271 A 2
3) vgl. hierzu Hueck, OHG, § 29 II 5a, S. 294; auch die Erben wirken hierbei mit.
4) vgl. Hueck, a.a.O., S. 296
5) RG in HRR 1939, Nr. 937; BGB RGRK § 271 A 7; Enn.-Lehmann, S. 106: stillschweigende Zeitbestimmungen können sich insbesondere aus der Natur der Leistung - der Leistungsgegenstand soll erst hergestellt werden - ergeben.
6) vgl. Hueck, OHG § 13 I, S. 120 ff
7) vgl. Hueck, S. 296;
8) a.a.O.;

die Interessen des ausscheidenden Gesellschafters zu berücksichtigen[1].

Über diese sachliche Abwägung hinaus ist Geßler[2] der Auffassung, "aus den Umständen" werde sich "meist eine gewisse Zahlungsfrist ergeben". Die Gesellschaft dürfe durch die Auszahlung nicht in Schwierigkeiten gebracht werden[3].

Eine Ausdeutung der "mutmaßlichen Parteiabsicht unter Berücksichtigung der Verkehrssitte"[4] kann ergeben, daß auf Grund stillschweigender Vereinbarung das Interesse des Ausscheidenden an alsbaldiger Auszahlung bei einer Gefährdung der Unternehmung durch angespannte Liquiditätsverhältnisse und mangelnde Kapitalbeschaffungsmöglichkeiten zurückzutreten hat. Denn die "mutmaßliche Parteiabsicht" ist dadurch mitbestimmt, daß ein Ausscheiden im Todesfall in der Regel vereinbart wird, damit der Bestand der OHG gesichert ist. Dieser Zweck soll durch eine gewagte Kapitalbereitstellung an den Ausscheidenden nicht in Frage gestellt werden[5].

Die sofortige Geltendmachung der fälligen Abschichtungsforderung verstößt möglicherweise gegen § 242 BGB. Rechtsprechung und Schrifttum[6] befürworten einen Aufschub der Geltendmachung im Einzelfall, "wenn Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".(§ 242 BGB). Danach kann es gerechtfertigt sein, für die Auszahlung Zahlungsfristen - gegebenenfalls gegen Sicherheitsleistung - oder Ratenzahlungen zu bestimmen, "wenn die sofortige Auszahlung des Gesamtguthabens unter Berücksichtigung der Umstände des Falles den Fortbestand der Gesellschaft gefähr-

---

1) a.A.: Glunz, S. 94: die Treuepflicht kann ein Hinausschieben der Zahlung nicht begründen.
2) Schlegelb.-Geßler, § 138 A 25;
3) das wird von Hueck, a.a.O., S. 296 FN 68 als zu weitgehend abgelehnt.
4) Verkehrssitte ist die im Verkehr tatsächlich herrschende Übung, die sich in einem gewissen Zeitraum auf Grund einheitlicher Auffassung der Beteiligten und allgemeiner tatsächlicher Übung bildet; vgl. Soergel-Siebert, § 157 A 25 mit weiteren Nachw.
5) vgl. Weipert in RGRK § 138 A 37: unter diesem Gesichtspunkt ist der Richter zur Feststellung berechtigt, daß nach billigem Ermessen zu bestimmende Zahlungsfristen vereinbart sind.
6) RG HRR 1939, Nr. 937; BGB RGRK § 738 A 3; BGB RGRK § 271 A 6; Dür.-Hach.-Fl. § 138 A 14b; Weipert in RGRK § 138 A 37;

den" würde[1]. Doch wird auch auf den Ausnahmecharakter einer solchen richterlichen Bestimmung hingewiesen und betont, daß auch die Belange des Ausscheidenden bzw. seiner Erben zu berücksichtigen seien[2].

Die Frage des Auszahlungszeitpunktes kann somit wohl grundsätzlich dem Gesetz entnommen werden, hängt jedoch im Einzelfall von verschiedenen Gesichtspunkten ab, die auf unterschiedlichem Wege rechtlich berücksichtigt werden können[3].

D) Beurteilung der gesetzlichen Regelung im Hinblick auf den Gesellschafterwillen

Im Falle des Ausscheidens durch Tod müssen die überlebenden Gesellschafter gemäß §§ 105 II HGB, 738, 734 BGB stets den vollen Wertanteil des Verstorbenen, der sich auf der Grundlage des wirklichen Wertes des Gesellschaftsvermögens berechnet, zur Auszahlung an den oder die Erben bereitstellen. - Der Anspruch auf Zahlung des Abschichtungsguthabens kann grundsätzlich sofort geltend gemacht werden (§§ 271 I BGB, 105 II HGB). Die Möglichkeiten eines zeitlichen Ausweichens sind auf Ausnahmefälle beschränkt[4].

Die gesetzliche Regelung verwirklicht den Grundsatz formaler Gerechtigkeit, die eine Wertaufteilung des Gesellschaftsvermögens gleichmäßig für den Ausscheidenden und jeden verblei-

1) RG HRR 39, Nr. 937;
2) Weipert in RGRK § 138 A 37; Knöchlein, DNotZ 1960, 452 (467); Sudhoff, GV, S. 257: allerdings aus dem Treuegedanken des Gesellschaftsrechts folgernd.
3) Wenn die Auszahlung auf Grund von § 271 I BGB oder § 242 BGB erst später erfolgt, ist die Abfindungsforderung nach allgemeiner Ansicht gemäß §§ 352/353 HGB vom Zeitpunkt ihrer Feststellung an mit 5 % p.a. zu verzinsen. vgl. Hueck, OHG, S. 296; Schlegelb.-Geßler, § 138 A 25; Weipert in RGRK § 138 A 20; Glunz S. 100/101; Sudhoff, GV, S. 257; -
Ritter § 138 A 3c/cc: Auch wenn die Geltendmachung des Anspruchs gemäß § 271 BGB hinausgeschoben ist, gilt nichts anderes, da nach mutmaßlicher Parteiabsicht die Verzinslichkeit ausgenommen ist.

Die Frage der Sicherheitsleistung ist aus dem Gesetz nicht eindeutig zu beantworten; vgl. die Übersicht bei Glunz, S. 101/102.
4) vgl. oben S. 60 ff;

benden Gesellschafter vornimmt. Die Notwendigkeit einer Erhaltung der Unternehmung bleibt unberücksichtigt. Daraus erwächst der Anschein, als erfreue sich die Interessenlage des Ausscheidenden einer gesetzlichen Vorzugsstellung. Ursache der Regelung des Gesetzes "ist der bei der BGB-Gesellschaft, deren Abfindungsregelung wegen fehlender Bestimmungen im HGB anzuwenden ist, geringer ausgeprägte Dauerzweck des Gesellschafterzusammenschlusses"[1].

Die Vorstellung der Gesellschafter orientiert sich jedoch an der als notwendig erkannten Unternehmenserhaltung; in diesem Rahmen finden sowohl die Interessen des durch Tod ausscheidenden als auch der überlebenden Gesellschafter angemessene Berücksichtigung. - Hier wird deutlich, daß Gesetz und Gesellschafterwille nicht übereinstimmen.

Die gesetzlich vorgesehene Abfindungshöhe wird den Interessen der Gesellschafter nur gerecht, wenn lediglich ein bestimmter Gesellschafter im Todesfall ohne Möglichkeit der Nachfolge eines Dritten ausscheiden soll.

Hier sind die Gesellschafter noch bereit, dem Ausscheidenden den Vollwert der wirtschaftlichen Beteiligung zur Verfügung zu stellen.
Dagegen wird das Bestreben der Gesellschafter, aus Gründen der Unternehmenserhaltung die Auszahlungszeit zu strecken, vom Gesetz nicht vollauf anerkannt. Nur in einigen Fällen steht der Weg offen, über die "mutmaßliche Parteiabsicht unter Berücksichtigung der Verkehrssitte"[2] zu einer Übereinstimmung der Gesellschafter-Interessen mit dem Inhalt der gesetzlichen Regelung zu gelangen[3].
Scheiden mehrere Gesellschafter im Todesfall ohne Nachfolger aus, so entspricht eine gesetzliche Regelung, welche die Vollabfindung anordnet, in den meisten Fällen nicht der Interessenlage der Gesellschafter. Nach deren Willen soll die Abfindungshöhe niedriger sein, als der wirkliche Wert der Kapitalbeteiligung des Verstorbenen erwarten ließe.

---

1) Knöchlein, DNotZ 1960, 452 (453); vgl. auch Glunz, S. 110;
2) vgl. oben S. 61;
3) a.A.: Knöchlein, DNotZ 1960, 452 (467);

Sie muß sich im Hinblick auf die Unternehmenserhaltung sogar in dem Maße verringern, wie das Interesse des Ausscheidenden eine raschere Bereitstellung zur Auszahlung verlangt. - Dem hier zugrundeliegenden Gesichtspunkt, daß die Abfindungssumme verhältnismäßig hoch sein kann, wenn es gelingt, die Auszahlungszeitspanne wegen der Notwendigkeit der Unternehmenserhaltung hinreichend groß zu wählen, steht der in § 271 I BGB normierte Grundsatz, daß die gesamte Abfindungsleistung sofort fällig ist, unversöhnlich entgegen.

Gestaltungsinteresse und gesetzliche Regelung divergieren noch stärker, wenn alle derzeitigen Gesellschafter im Todesfall ohne Möglichkeit der Nachfolge eines Dritten ausscheiden sollen.

In der Wertfindung selbst vermag die Verwirklichung durch Gesetz das Interesse der Gesellschafter an einer weitgehend überschaubaren Abfindungsregelung nicht zu befriedigen. Sie kann aus verschiedenen Gründen kein eindeutiges Ergebnis erbringen: die Ermittlung des wirklichen Wertes der Unternehmung gründet sich auf keine allgemein anerkannte Theorie der Unternehmensbewertung[1]. - Unter praktisch-ergebnisbezogenem Aspekt führt die Wertbestimmung unter Berücksichtigung des Prinzips der Bewertung einer Unternehmung als einheitliches Ganzes[2] kaum zu demselben Ergebnis wie die Wertbestimmung durch Addition von Einzelwerten[3]. Über die Anwendung und Handhabung beider Methoden der Wertfindung bestehen im einzelnen viele Unklarheiten und Meinungsverschiedenheiten. Hingewiesen sei auf die unterschiedlichen Auffassungen über die begriffliche und sonstige sachliche Abgrenzung der Größe "Jahreserfolg"[4], auf die sich der Jahresreinertrag der Zukunft[5] bei der Berechnung des Reinertragswertes der Unternehmung stützt, weiter auf den Meinungsstreit bei der Bestimmung des Kapitalisierungszinsfußes[6] sowie auf den

1) vgl. oben S. 24;
2) vgl. oben S. 24 ff;
3) vgl. oben S. 49 ff;
4) vgl. oben S. 28 ff;
5) vgl. oben S. 38 ff;
6) vgl. oben S. 40 ff;

Mangel einer gesicherten Übereinkunft in der Sache und Methode bei der Korrektur des Reinertragswertes zum Unternehmenswert auf der Grundlage des niedrigeren oder höheren Substanzwertes[1]. - Hinsichtlich der Wertermittlung durch Addition von Einzelwerten seien insbesondere die unterschiedlichen Möglichkeiten, den Geschäftswert in Ansatz zu bringen, hervorgehoben[2]. - Zu den sachlichen Unstimmigkeiten gesellen sich Unklarheiten in der Begriffsverwendung[3].

Ein eindeutiges Ergebnis der gesetzlichen Gestaltungsverwirklichung scheitert weiter daran, daß die tatsächlichen Ausgangsgrößen der Bewertungsmethoden nicht so beziffert werden können, daß jede andere getroffene Wahl unrichtig wäre. - Das zeigt sich eindringlich, wenn über- und unterdurchschnittliche persönliche Einflüsse[4] aus den Erfolgsgrößen der Vergleichsjahre eliminiert werden sollen, ferner bei der Berechnung des nachhaltig erzielbaren Reinertrags, wenn die Einwirkungen der Zukunft auf die Unternehmung abgeschätzt und ziffernmäßig in Ansatz gebracht werden müssen[5], sowie bei der quantitativen Erfassung der im Einzelfall wirksamen Einflußfaktoren, welche die Höhe des Kapitalisierungszinsfußes mitbestimmen[6]. Die Ermittlung des Substanzwertes der Unternehmung hat große Schwierigkeiten zu überwinden, um den Tageswert der Gegenstände richtig zu erfassen[7].

Die mangelnde Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung wird dadurch erhöht, daß der Zeitpunkt der Auszahlung nur grundsätzlich festgelegt ist (§ 271 I BGB). Die Berücksichtigung vieler Umstände des Einzelfalles auf unterschiedlichen rechtlichen Wegen schließt für die Frage der Auszahlungszeit ein überschaubares Ergebnis aus.
Eine frühzeitige Berechnung ist kaum möglich, da die Wege und Methoden der Wertfindung nicht einfach sind. Sowohl die Wertermittlung unter Berücksichtigung des Prinzips der

1) vgl. oben S. 44 ff;
2) vgl. oben S. 53 ff;
3) vgl. hierzu Glunz S. 112 hinsichtlich des Begriffes "Ertrag";
4) vgl. oben S. 30 f;
5) vgl. oben S. 38 ff;
6) vgl. oben S. 42 ff;
7) vgl. oben S. 52;

Bewertung einer Unternehmung als Ganzes als auch diejenige durch Addition von Einzelwerten birgt so große Schwierigkeiten, daß man auf einen Sachverständigen nur selten wird verzichten können.
Die Gesellschafter sehen ihre Vorstellung hinsichtlich einer angemessenen und zweckmäßigen Abfindungsregelung durch das Gesetz nur in geringem Maße verwirklicht. Sie müssen daher im Wege vertraglicher Vereinbarung, die den nicht zwingenden Gesetzesinhalt verdrängt[1], versuchen, eine ihren Interessen entsprechende Gestaltung zu erreichen.

Kapitel 2: Verwirklichung durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung

Ob und inwieweit die Gesellschafter durch gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zu einer ihre Vorstellung befriedigenden Gestaltungsverwirklichung gelangen können, soll auf der Grundlage der beiden wichtigsten Interessenlagen, denen sich die Gesellschafter gegenübersehen, erörtert werden. Es muß unterschieden werden, ob das Ausscheiden im Todesfall ohne die Möglichkeit der Nachfolge eines Dritten auf einen bestimmten Gesellschafter beschränkt oder ob von der gleichen Situation mehrere Gesellschafter betroffen sein sollen.

A) Beschränkung des Ausscheidens ohne Nachfolger auf einen bestimmten Gesellschafter

In diesem Falle entspricht zwar die gesetzlich vorgesehene Abfindungshöhe - bemessen nach dem wirklichen Wert der Kapitalbeteiligung des Verstorbenen - in der Regel der Vorstellung der Gesellschafter[2], doch fehlt die hinreichende Überschaubarkeit der Wertfindung.
Um ein eindeutiges Ergebnis in der Wertermittlung zu erhalten, werden sich die Gesellschafter zunächst entweder für eine Wert-

1) vgl. auch Hueck, OHG, S. 296/297; Schlegelb.-Geßler, § 138 A 26
2) vgl. oben S.12/13 und S. 63;

bestimmung unter Berücksichtigung des Prinzips der Bewertung einer Unternehmung als einheitliches Ganzes oder für eine solche durch Addition von Einzelwerten entscheiden. So wird eine Wertdifferenz vermieden, die allein aus dem Beschreiten des einen oder anderen Wertungsweges herrührt. - Entschließt man sich, eine Wertermittlung durch Addition von Einzelwerten gesellschaftsvertraglich vorzusehen, so muß die theoretische Angreifbarkeit dieser Methode[1] in Kauf genommen werden.

Um die einheitliche Anwendung und Handhabung der jeweils vereinbarten Bewertungsmethode zu sichern, müssen die Gesellschafter Einzelbestimmungen treffen, von denen hier nur ein Überblick gewährt werden kann. Die einzelnen Anordnungen ergehen in erster Linie zur Beseitigung der bestehenden Unsicherheit, erst dann unter Berücksichtigung betriebswirtschaftlich exakter Gesichtspunkte.
Für eine Wertermittlung, die das Unternehmen als Bewertungseinheit behandelt und den künftigen wirtschaftlichen Nutzen erfassen will, steht die Berechnung des Reinertragswertes im Vordergrund. Daher muß das Verfahren zur Ermittlung des nachhaltig erzielbaren Reinertrags der Zukunft und des Kapitalisierungszinsfußes im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden. - Dieser gibt Auskunft über die Anzahl der Jahre, welche als Vergleichszeitraum der Vergangenheit[2] zugrundeliegen sollen, und ordnet an, ob die Jahresgewinne der Handels- oder Steuerbilanz[3] maßgeblich sein, inwieweit über- oder unterdurchschnittliche Fähigkeiten[4] des durch Tod Ausscheidenden berücksichtigt und wie stille Rücklagen[5] sachgerecht aufgelöst werden sollen. Der Gesellschaftsvertrag muß sich ferner verhalten über die Behandlung der Fremdkapitalzinsen[6] und der Steuern - insbesondere Gewerbeertragssteuern[7]. Einmalige, nicht typische Aufwendungen bzw. Erträge[8] sollten eliminiert werden. Wie mit betriebsfremden

1) vgl. oben S. 23;
2) vgl. oben S. 27/28;
3) vgl. oben S. 28 FN 4;
4) vgl. oben S. 30;
5) vgl. oben S. 31/32;
6) vgl. oben S. 33/34;
7) vgl. oben S. 34/35;
8) vgl. oben S. 36;

und außerordentlichen Erfolgsgrößen, die nicht nur einmaligen Charakter haben[1], zu verfahren ist, bedarf eindeutiger Klärung. - Nicht zu vergessen sind Absprachen über den ziffernmäßigen Ansatz eines zu berücksichtigenden Unternehmerlohns sowie über die Behandlung von Tantiemen, Gratifikationen u.ä. Lasten als Ertragsbestandteile oder Aufwandsposten[2]. - Die Gesellschafter sollten vereinbaren, ob und inwieweit - gegebenenfalls auf welche Weise - Geldwertschwankungen wegen der Vergleichbarkeit der korrigierten Vergangenheitsgewinne berücksichtigt werden müssen[3]. - Ferner ist festzulegen, auf welchem Wege und mit Hilfe welcher Methoden, Verfahren und Mittel eine Quantifizierung der in Zukunft voraussichtlich wirksamen und bereits abschätzbaren Einflüsse vorgenommen werden soll[4].

Der Kapitalisierungszinsfuß ist ein großer Unsicherheitsfaktor der Reinertragswertmethode[5]. Er sollte nicht als feste Größe gesellschaftsvertraglich festgelegt werden; zwar würde die Vereinbarung eines bestimmten Satzes künftigen Streitigkeiten über die Höhe vorbeugen und ein Höchstmaß an Überschaubarkeit erreichen, doch wäre die Möglichkeit einer Anpassung an veränderte wirtschaftliche Verhältnisse nicht gegeben[6].
Eine weniger starre Gestaltung verdient den Vorzug. Der Gesellschaftsvertrag muß darüber Auskunft geben, auf Grund welcher Vergleichsinvestition der Grundzinsfuß zu berechnen ist[7]. - Als zweckmäßig können sich der Zinsfuß für erststellige Hypotheken bestimmter Kreditinstitute sowie die für einen bestimmten Zeitraum ermittelte durchschnittliche Aktienrendite der betreffenden Branche erweisen[8].
Bestimmungsgründe, die sich vor- oder nachteilig gegenüber der Vergleichsinvestition auswirken und daher einen Abschlag oder

1) vgl. oben S. 36;
2) vgl. oben S. 36;
3) vgl. oben S. 37;
4) vgl. oben S. 38 ff;
5) vgl. oben S. 40 ff und Potthoff-Zintzen, S. 207
6) vgl. auch Potthoff-Zintzen, S. 207; 208; Lehmann, Grecht, S. 140; Glunz S. 119
7) vgl. oben S. 41/42;
8) vgl. auch Sudhoff, GV, S. 271/272; Potthoff-Zintzen, S. 208; Glunz S. 119;

Zuschlag zum Grundzinsfuß rechtfertigen[1], müssen Gegenstand gesellschaftsvertraglicher Übereinkunft sein. Eine Bezifferung der Risiken und Vorteile stößt indessen auf große Schwierigkeiten; diese werden dadurch erhöht, daß auf einen künftigen, ungewissen Zeitpunkt abzustellen ist. Als Arten der Bezifferung kommt der feste Satz (1 %; 1/2 %) oder der Prozentsatz (25 %; 10%) vom Grundzinsfuß in Betracht.

Schließlich müssen sich die Gesellschafter darüber Klarheit verschaffen, in welcher Weise ein vorhandenes Konkurrenzrisiko[2] berücksichtigt werden soll[3]. Entscheiden sie sich für eine nachträgliche rechnerische Erfassung, so ist der Reinertragswert zum endgültigen Unternehmenswert zu korrigieren. Zu diesem Zwecke stehen verschiedene Wege offen[4]. Das Interesse an einer einheitlichen Handhabung erfordert die Festlegung eines bestimmten Verfahrens.

Aus dem Gesellschaftsvertrag muß auch ersichtlich sein, welcher Wert maßgeblich sein soll, wenn der Ertragswert unter den Substanzwert gesunken ist[5] [6].

Wollen die Gesellschafter vereinbaren, daß der wirkliche Wert der Unternehmung auf der Grundlage der Addition von Einzelwerten[7] ermittelt werden soll[8], so gilt es, die Bestimmung der Substanzwerte und die Berücksichtigung des Geschäftswertes im einzelnen zu regeln.

Zunächst muß Klarheit geschaffen werden, mit welchen Wertansätzen[9] die Wirtschaftsgüter der Unternehmung in die Abschichtungsbilanz einzustellen sind; die hierbei erforderli-

---

1) vgl. oben S. 42 ff; und Potthoff-Zintzen, S. 208 ff;
2) vgl. oben S. 44;
3) vgl. die Möglichkeiten der Berücksichtigung oben S. 44 ff;
4) vgl. oben S. 45/46;
5) vgl. oben S. 47/48;
6) Wird die Berechnung des Reinertragswertes in dieser Weise durch Gesellschaftervereinbarung festgelegt, so liegt der Einwand nahe, der Gesellschaftsvertrag verblasse zu einer betriebswirtschaftlichen Studie. - Fragen der Bewertung nehmen jedoch nur einen Teil der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen in Anspruch, auch wenn sie eingehend geregelt werden. Zum andern ist schon einiges erreicht, wenn man für die Wertermittlung die einheitliche Anwendung einer Bewertungsmethode sichert und dadurch zu einem besser überschaubaren Ergebnis gelangt.
7) vgl. oben S.49 ff;
8) Diese Vereinbarungen sollen in der Praxis vorherrschen; vgl. Sudhoff, Gesellschaftsvertrag, S. 264; Potthoff-Zintzen S. 211; Schwarze, S. 65; Glunz S. 121;
9) vgl. hierzu oben S.51 ff;

che Unterscheidung zwischen betriebsnotwendigen und den übrigen Vermögensgütern kann auf große Schwierigkeiten stoßen, da die tatsächliche Grenzziehung im Zeitablauf Schwankungen unterliegt[1]. - Formulierungen, daß der "wahre Wert" oder "Tageswert" maßgeblich sein soll, sind ungenau und nicht eingehend genug[2]. Werden Bewertungsvorschriften für die einzelnen Posten angeführt, so muß auf Vollständigkeit geachtet werden. Übergangene Wirtschaftsgüter bieten oft Anlaß zu Streitigkeiten[3].
Für die Ermittlung und Berücksichtigung des Geschäftswertes[4] durch die direkte Methode[5] muß der Gesellschaftsvertrag anordnen, ob die Berechnung auf der Grundlage des Durchschnittsumsatzes, des durchschnittlichen Gewinns oder des Übergewinns zu erfolgen hat[6]. Die Bestimmung des Multiplikators bzw. des Kapitalisierungsfaktors[7] dürfte große Schwierigkeiten bereiten. Sudhoff[8] hält die Vereinbarung, bei Handelsunternehmen den Geschäftswert aus dem drei- bis fünffachen, bei Industrieunternehmen aus dem drei- bis vierfachen des durchschnittlichen jährlichen Gewinns zu berechnen, für angemessen.

Die Ausführungen haben gezeigt, daß die Ermittlung des wirklichen Wertes der Unternehmung, von der die Berechnung der vollen Abfindungshöhe ihren Ausgang nimmt, zu einem besser überschaubaren Ergebnis gelangt, wenn der zu beschreitende Wertungsweg selbst gesellschaftsvertraglich festgelegt und die einheitliche Anwendung der Bewertungsmethode in den jeweiligen Phasen durch Einzelbestimmungen gesichert wird. Doch ist klar geworden, daß ein völlig eindeutiges Ergebnis an der fehlenden Möglichkeit, die Ausgangsgrößen unauswechselbar zu beziffern, scheitert. - Das hat beispielsweise die Erörterung der vertraglichen Möglichkeiten, den Kapitalisierungszinsfuß festzusetzen, gezeigt: Zwar können die Be-

1) vgl. hierzu oben S.51 FN 1;
2) vgl. auch Potthoff-Zintzen, S. 212
3) vgl. Potthoff-Zintzen, a.a.O.
4) vgl. oben S.53 ff; insbesondere 56 ff;
5) vgl. oben S.56/57;
6) kritisch zu diesen Möglichkeiten: oben S. 57;
7) vgl. oben S.56;
8) GV, S. 275.

stimmungsgründe, welche die Höhe des Kapitalisierungszinsfußes wegen ihrer Vor- und Nachteile gegenüber der Vergleichsinvestition beeinflussen, benannt und in ihrer Einwirkungsstärke abgeschätzt werden, doch ist eine eindeutige Bezifferung der Größen nicht möglich. Dieselbe Problematik trifft man bei der Behandlung des Geschäftswertes sowie an vielen anderen Stellen der Wertermittlung; auf frühere Ausführungen[1] sei verwiesen.

Auch die Möglichkeit frühzeitiger Berechnung der Abfindungshöhe ist bei der hier zugrundeliegenden Gestaltungssituation, daß lediglich ein bestimmter Gesellschafter im Todesfall ohne Nachfolger ausscheidet, nicht gegeben. Die Abfindung auf der Grundlage des Vollwertes der Kapitalbeteiligung setzt die Ermittlung des wirklichen Wertes der Unternehmung bzw. des Gesellschaftsvermögens voraus und ist daher nicht einfach. Zwar mögen die Methoden der Wertfindung verständlich sein, ihre Anwendung ist jedoch schwierig. Auch wenn der Gesellschaftsvertrag Einzelbestimmungen enthält, die eine einheitliche Handhabung der Wertfindung gewährleisten, die Ungewißheit herabsetzen und die Rechtssicherheit erhöhen, so sind doch umfangreiche Berechnungen erforderlich, um zum wirklichen Wert des Gesellschaftsvermögens und damit zur Ausgangsgröße der Abfindungshöhe zu gelangen. Oft wird ein Sachverständiger unentbehrlich sein. - Diese Schwierigkeiten und der weitere Gesichtspunkt, daß es für die Höhe des Abschichtungsguthabens auf die tatsächlichen Größen im Zeitpunkt des Ausscheidens durch Tod ankommt, stehen einer frühzeitigen genauen Berechnung entgegen. - Dieser Mangel trifft nicht so sehr die verbleibenden Gesellschafter; diese müssen zwar künftige Abfindungslasten in ihre für die Unternehmung wichtigen Entscheidungen einbeziehen, doch genügt es, wenn die Größe, um die sich die künftige Abfindungshöhe bewegt, ungefähr abschätzbar ist. Stärker betroffen ist dagegen der durch Tod ausscheidende Gesellschafter, der frühzeitig wissen will, mit welcher Wertziffer er die wirtschaftliche Beteiligung an der OHG in seinen Anordnungen von Todes wegen berücksichtigen kann. Für ihn müßte die Abfindungshöhe zu einem früh-

1) vgl. oben S. 65;

hen Zeitpunkt wenigstens annähernd bestimmbar sein.

So wird deutlich, daß auch im Wege gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung eine vollständige Überschaubarkeit der zur vollen Abfindungshöhe führenden Wertermittlung nicht erzielt werden kann. Die Ursache liegt vornehmlich in der fehlenden Möglichkeit, die Ausgangsgrößen eindeutig, d.h. unauswechselbar zu beziffern. Hinzu kommen tatsächliche Schwierigkeiten, die Wertermittlungsmethoden zu handhaben, selbst wenn entsprechende Einzelbestimmungen des Gesellschaftsvertrages die einheitliche Anwendung sicherstellen.

Zu einer anderen Beurteilung gelangt man in der Frage des Auszahlungszeitpunktes. Hier können gesellschaftsvertragliche Absprachen der Vorstellung der Gesellschafter vollauf entsprechen.
Zwar stehen die mit dem Gesetz übereinstimmenden, auf Ausnahmefälle beschränkten Möglichkeiten der Gewährung von Zahlungsfristen einem eventuellen Bedürfnis der Gesellschafter, wegen der Notwendigkeit der Unternehmenserhaltung die Auszahlungszeit zu strecken, nicht schlechthin entgegen, doch ist mit dieser Frage manche Unsicherheit verbunden, die eine überschaubare Gestaltung ausschließt. - Die mangelnde Eindeutigkeit der gesetzlichen Regelung kann jedoch im Wege gesellschaftsvertraglicher Abreden ausgeglichen werden, indem entweder eine gewisse Zeitspanne der Auszahlung generell festgelegt oder vereinbart wird, daß die überlebenden Gesellschafter gegebenenfalls - wegen einer konkreten Gefährdung der Unternehmung - zu einer Verteilung der Abfindungssumme auf eine bestimmte Zeit der Auszahlung berechtigt sind. Für den letzteren Fall sollte im Interesse der Eindeutigkeit wenigstens die Höchstdauer der Zahlungszeit im Voraus festgelegt werden.

) Ausscheiden mehrerer Gesellschafter im Todesfall
ohne Möglichkeit der Nachfolge eines Dritten

A) Vertragliche Regelung der Abfindungshöhe

ie gesetzlich vorgesehene, auf der Grundlage des wirklichen
ertes der Unternehmung berechnete Abfindungshöhe entspricht
n der Regel nicht den beteiligten Interessen, wenn mehrere Ge-
ellschafter im Todesfall ohne Nachfolger ausscheiden[1].

ann ist es Sache der Gesellschafter, im Wege der Vereinbarung
ine für alle Mitglieder der OHG bindende Regelung der Abfin-
ungshöhe zu schaffen. Dabei werden die Gesellschafter darauf
edacht sein, die Wertfindung selbst weitgehend überschaubar
u gestalten.

) Abfindung zum Buchwert

ls einfache Grundlage für die Bemessung der Abfindungshöhe,
ie es einerseits erlaubt, die Notwendigkeit der Unternehmens-
rhaltung in starkem Maße zu berücksichtigen, andererseits das
nteresse der Gesellschafter an einer überschaubaren Regelung
eitgehend erfüllt, bietet sich der Nennwert des buchmäßigen
apitalkontos des ausgeschiedenen Gesellschafters an[2]. In die-
em Falle werden weder offene oder stille Rücklagen noch der Ge-
chäftswert bei der Abfindung berücksichtigt[3]. Geht aus dem Ge-
ellschaftsvertrag hervor, ob das Kapitalkonto der Handels- oder

---

) vgl. auch oben S. 63; - Wenn die Todesfälle weit auseinanderlie-
gen, scheint kein großer Unterschied zu dem Fall zu bestehen, daß
lediglich ein bestimmter Gesellschafter ohne Nachfolge ausschei-
det. - Die gesetzliche Regelung ist jedoch mit den Interessen
der Gesellschafter zu der Zeit zu vergleichen, wo die entspre-
chenden gesellschaftsvertraglichen Absprachen getroffen werden.
Zu diesem Zeitpunkt steht nicht fest, ob die Todesfälle weit aus-
einanderliegen werden. Da die Gesellschafter auch mit kürzeren
Abständen rechnen müssen, wird die gesetzliche Regelung den be-
teiligten Interessen nicht gerecht.

) vgl. Weipert in RGRK § 138 A 31: "vielfach üblich"; Knöchlein
DNotZ 60,452(464):"setzt sich mehr und mehr durch"; Sudhoff NJW
49, 88 (88/89): kritisch;- die Bezeichnung "Kapitalanteil" ist mehr-
deutig; vgl.Sudhoff, GV,S.266/267;vgl.hierzu RG LZ 1929,1340(1341):
Ausdeutung als Abfindung gem. wirklichem Wert.

) vgl. auch Weipert in RGRK § 138 A 33; Schlegelb.-Geßler § 138 A 26;

Einkommensteuerbilanz[1], der für das letzte abgelaufene Geschäftsjahr erstellten und anerkannten bzw. noch zu erstellenden Bilanz[2], der Bilanz am Schluß des Geschäftsjahres, in das das Ausscheiden fällt, oder einer auf den Zeitpunkt des Ausscheidens errichteten Zwischenbilanz maßgeblich sein soll, ist ferner ersichtlich, ob eine für die Abfindung geltende Einkommensteuerbilanz auch bei einer nachträglichen Abänderung durch die steuerliche Betriebsprüfung insoweit ihre Gültigkeit behalten soll[3], und läßt der Gesellschaftsvertrag weiter erkennen, ob Einlagen oder Entnahmen, die im laufenden Geschäftsjahr bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens getätigt worden sind, fortgeschrieben werden sollen oder nicht, so wird ein hohes Maß an ergebnisbezogener Eindeutigkeit erreicht[4].

Kommt es auf das Kapitalkonto der letzten Jahresbilanz an, so ist im Zweifel die Beteiligung des Ausgeschiedenen am laufenden Gewinn und Verlust ausgeschlossen[5]. Die Regelung ist zweckmäßig, da eine Zwischenbilanz nicht angefertigt zu werden braucht[6].
Wird die vorgenannte Gestaltung als unbillig empfunden, so kann der Geschäftserfolg des laufenden Jahres entsprechend dem Ergebnisverteilungsschlüssel zeit- oder umsatzanteilig - nach dem Verhältnis der durch das Ausscheiden im Ablauf des Geschäftsjahres entstandenen Zeitabschnitte bzw. der in diesen Zeiträumen erzielten Umsätze, also ohne Erstellung einer Zwischenbilanz - auf das Kapitalkonto des Ausgeschiedenen verrechnet werden[7]. Die Gesellschafter können auch vereinbaren, daß nicht der wirkliche Gewinn des laufenden Geschäftsjahres verrechnet, sondern derjenige der letzten genehmigten Jahresbilanz oder ein Durchschnittsgewinn zugrundegelegt werden soll[8].

---

1) in der letzteren spielen die stillen Rücklagen eine geringere Rolle; vgl. hierzu Sudhoff, GV, S. 267;
2) der Hinweis "letzte Bilanz" ist nicht eindeutig; vgl. Sudhoff GV S. 262; Potthoff-Zintzen S. 218;
3) vgl. hierzu Sudhoff, GV, S. 268;
4) vgl. auch Potthoff-Zintzen, S. 218: "einfache Durchführung".
5) vgl. auch Sudhoff, GV, S. 263; 268;- Weipert in RGRK § 138 A 32; Schlegelb.-Geßler § 138 A 26;- a.A.: Potthoff-Zintzen, S.218;
6) vgl. auch Knöchlein, DNotZ 60, 452 (464); Weipert in RGRK § 138 A 31;
7) vgl. auch Weipert in RGRK § 138 A 32; Knöchlein, DNotZ 60, 452 (462); Potthoff-Zintzen, S. 219
8) vgl. auch Sudhoff, GV, S. 268; Weipert in RGRK § 138 A 32.

Endlich kann von einer Gewinnfeststellung für das laufende Geschäftsjahr bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens ganz abgesehen werden, zugunsten einer Verzinsung des Kapitalanteils für den genannten Zeitraum[1].

Die Ausführungen lassen erkennen: Soll der buchmäßige Kapitalanteil die Abfindungshöhe bestimmen, so bietet diese Regelung den Vorteil großer Überschaubarkeit, wenn die mit dieser Gestaltung gleichzeitig auftauchenden und im Überblick angedeuteten Fragen gesellschaftsvertraglich klargestellt werden.

II) Abfindung auf der Grundlage eines zwischen Voll- und Buchwert liegenden Wertes

Zwingt die Notwendigkeit der Unternehmenserhaltung nicht zur Abfindung auf der Grundlage des Buchwertes, so kommen nach der Vorstellung der Gesellschafter Wertgrundlagen in Betracht, die jeweils zu einer Abfindungshöhe oberhalb des nominellen Kapitalkontos, doch möglichst unterhalb des wirklichen Wertes der Kapitalbeteiligung[2] führen.
Materiell handelt es sich dabei um eine Abfindung für die Beteiligung des Verstorbenen an den Rücklagen oder am Geschäftswert;[3] diese tritt neben die Auszahlung der nominellen Kapitalbeteiligung. - Eine Abgeltung des Anteils am Geschäftswert dürfte eher und häufiger erfolgen als die Gewährung eines Ausgleichs für die bei der Buchwertabfindung dem ausscheidenden Gesellschafter verloren gehenden Rücklagen.
Die Bildung von Rücklagen entspricht nämlich dem Grundsatz vorsichtiger Unternehmenspolitik auf weite Sicht und ist damit allgemein Ausdruck des kaufmännischen Prinzips der Vorsicht. Rücklagen dienen der Sicherheit des Unternehmens, das ständig betrieblichen und marktwirtschaftlichen Risiken ausgesetzt ist[4]. Aus dieser Zwecksetzung folgt, daß die Gesellschafter

1) vgl. Sudhoff a.a.O.; Potthoff-Zintzen, S. 219;
2) vgl. oben S. 14;
3) Irgendeine Identität besteht zwischen den beiden Größen nicht.
4) Entstandene Verluste können aus Rücklagen buchmäßig gedeckt werden; so wird der buchmäßige Ausgleich schlechter Geschäftsjahre und damit eine stetige Gewinnpolitik ermöglicht. - vgl. Hartmann, HWB, 1958, III, "Rücklagen" S. 4707 (4708); - Als Mittel der Selbstfinanzierung dienen aus einbehaltenen realisierten Gewinnen gebildete Rücklagen der Ausweitung des Unter-

eher bereit sein werden, eine Abfindung für den anteiligen Geschäftswert zu leisten als einen Teil der Rücklagen auszuschütten.- Die begriffliche Unterscheidung gewinnt jedenfalls dann praktische Bedeutung, wenn Geschäftswert und Rücklagen, die ihrem Charakter nach völlig unterschiedliche Größen darstellen, in ihrer jeweiligen Höhe stark voneinander abweichen.

Bisweilen sind die Gesellschafter bemüht, neben dem Geschäftswert auch die Rücklagen auf irgendeine Weise in die Abfindungsgestaltung einzubeziehen.

Die Frage nach den Möglichkeiten der Abgeltung stellt sich unter dem Gesichtspunkt einer überschaubaren Abfindungsregelung. Das Interesse aller Gesellschafter an einem eindeutigen Ergebnis und an der Möglichkeit frühzeitiger Berechnung ist stärker als das Bestreben, den Ausscheidenden im vollen Umfang an dem Geschäftswert, an den Rücklagen oder - in Ausnahmefällen - an beiden Wertfaktoren zu beteiligen[1]. Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters am Geschäftswert und/oder an den Rücklagen der Unternehmung kann durch einen Zuschlag zum nominellen Kapitalanteil abgegolten werden. Wird ein fester Betrag oder ein bestimmter Prozentsatz des Buchwertes als Zuschlagsgröße im Gesellschaftsvertrag genannt, so handelt es sich zwar um ein sehr einfaches, aber auch willkürliches Verfahren; der Zuschlag steht in keiner Beziehung zur Ertragskraft der Unternehmung[2].

Das ist anders, wenn die Abgeltung in Form einer Gewinn- oder Umsatzbeteiligung für eine Anzahl zukünftiger Jahre erfolgen soll[3]. - Bei einer Gewinnbeteiligung kann jedoch den Gefahren der Übervorteilung des Ausgeschiedenen bzw. seiner Erben nur durch die Einräumung gewisser Informations- und Kontrollbefugnisse begegnet werden; das eröffnet auf der anderen

---

nehmens. - vgl. v.Colbe, HWB, a.a.O., S. 4722 (4723).-

1) vgl. Sudhoff, GV, S. 277;
2) vgl. hierzu Hueck, OHG, S. 297; Weipert in RGRK § 138 A 33; Potthoff-Zintzen, S. 220; Schlegelb.-Geßler § 138 A 26; Glunz S. 138; Sudhoff, GV, S. 278;
3) vgl. Weipert in RGRK § 138 A 33; Glunz S. 138; Sudhoff, GV S. 279; Potthoff-Zintzen, S. 221, 223.

Seite die Möglichkeit mißbräuchlicher Ausübung. Die hierin liegenden Anlässe zu Streitigkeiten sollten umgangen werden[1]. Das kann beispielsweise durch die Vereinbarung geschehen, daß ein fester Prozentsatz des steuerlichen Durchschnittsgewinns für eine Reihe zurückliegender Geschäftsjahre die Zuschlagsgröße bestimmen soll[2].

Weitgehende Zustimmung hat eine Klausel gefunden, nach der sich die in einem bestimmten Prozentsatz des Buchwertes ausgedrückte Zuschlagsgröße nach der positiven Differenz zwischen dem steuerlichen Durchschnittsgewinn vergangener Jahre und dem Gewinn, der einer Normalverzinsung des Eigenkapitals entspricht, richtet. Danach soll beispielsweise jedes die Normalverzinsung von 8 % übersteigende Prozent den Abfindungsbetrag um 12 % des buchmäßigen Kapitalanteils erhöhen. - Entsprechendes gilt für Abschläge, wenn der Durchschnittsgewinn eine Normalverzinsung nicht erbringt[3].

Der Geschäftswert wird durch eine solche Klausel auch nicht annähernd genau erfaßt. Doch steht die Zuschlagsgröße in Beziehung zur Ertragskraft der Unternehmung, die sich in den Vergangenheitsgewinnen widerspiegelt. Der Zuschlag wird daher nicht willkürlich festgesetzt[4].

Die Normalverzinsung des Eigenkapitals braucht nicht starr, sondern kann unter Bezugnahme auf aussagefähige Größen, etwa Aktienrendite, gesellschaftsvertraglich bestimmt werden. - Es dürfte sinnvoll sein, die Höhe des Abfindungsbetrages gegen extreme Verhältnisse abzuschirmen und etwa zu vereinbaren, der Abfindungsbetrag dürfe das zweifache bzw. einhalbfache des nominellen Kapitalanteils nicht überschreiten bzw. unterschreiten[5].

Damit sind keineswegs alle Möglichkeiten dargetan, den Anteil des Verstorbenen am Geschäftswert und/oder an den Rücklagen in die Abfindungsgestaltung einzubeziehen. Die Aus-

---

1) Glunz S. 138
2) vgl. Knöchlein, DNotZ 60, 452 (465);
3) Kersten-Küntzel, S. 558; Potthoff-Zintzen S. 220; Sudhoff, GV, S. 278; Schmalenbach, Beteil.-Fin. S. 80;
4) vgl. auch Glunz, S. 139;
5) vgl. auch Sudhoff, GV, S. 277; 279.

führungen haben jedoch gezeigt, daß die Gesellschafter um eine möglichst überschaubare Gestaltung bemüht sind. Das Ergebnis der Wertermittlung, die Abfindungshöhe, ist eindeutig, weil auf Bewertungsmethoden, die in ihrer theoretischen Grundlage oder in der Frage ihrer ergebnisbezogenen Gewichtung umstritten sind und im einzelnen kaum einheitlich gehandhabt werden, verzichtet wird und weil die Ausgangsgrößen unauswechselbar feststehen. - Auch eine frühzeitige Berechnung der Abfindungshöhe ist weitgehend möglich, da die Wertfindung einfach und klar ist. Schwierigkeiten, welche die Hinzuziehung eines Sachverständigen erfordern, tauchen meistens nicht auf.
Bei dieser Abfindungsgestaltung nehmen die Gesellschafter in Kauf, daß die Beteiligung an dem buchmäßig ausgewiesenen Gesellschaftsvermögen die einzige Wertgröße ist, für die der Ausgeschiedene bzw. seine Erben exakt entgolten werden[1]. - Für den Anteil am Geschäftswert und/oder an den stillen Rücklagen wird lediglich pauschal, schematisch, bald nur zu einem geringen Teil, bald im größeren Umfang ein Ausgleich gewährt, wobei sich das Ausmaß der tatsächlichen Berücksichtigung der Wertfaktoren nicht selten auch nach der jeweiligen Berechnungsmethode bestimmt, die nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit ausgewählt worden ist.
Inwieweit die Abfindungshöhe im Einzelfall den Anteil am Geschäftswert und/oder an den Rücklagen umfaßt, läßt sich auch annäherungsweise nicht beantworten, da der wahre Geschäftswert und die wirkliche Höhe der Rücklage nicht bekannt sind.
Die Gesellschafter nehmen es hin, daß die Abfindung auf der Grundlage eines Wertes erfolgt, dessen Größe zwischen Buch- und Vollwert nur ungefähr bestimmt werden kann; dafür bietet sich der Vorteil einer im hohen Maße überschaubaren Wertfindung.

BB) Vertragliche Regelung der Auszahlungszeit; Ergänzungsvereinbarungen.

Die begrenzten gesetzlichen Möglichkeiten für eine Zubilli-

1) Auch das nur unter der Voraussetzung, daß keine offenen Rücklagen ausgewiesen sind.

gung von Zahlungsfristen[1] werden dem Interesse der Gesellschafter nicht gerecht, wenn die Abfindung durch Zahlung laufender Bezüge - zeitlich begrenzt oder auf die Lebensdauer des Empfängers abgestellt - gewährt werden soll[2]. Da jedoch das Gesetz nur eingreift, wenn eine "Zeit für die Leistung" nicht "bestimmt" ist, bietet sich Raum für vertragliche Regelungen.

Die Abfindungsschuld kann darlehnsähnlich gestundet oder in ein Darlehn umgewandelt werden, wobei Auszahlung bzw. Rückzahlung in Raten vereinbart wird[3]. Entsprechend dem Zweck einer laufenden wirtschaftlichen Sicherung der Hinterbliebenen erstreckt sich die Zahlung auf eine Anzahl von Jahren. Die Raten müssen festgesetzt und die Zahlungstermine bestimmt werden. Die jährlich insgesamt zu leistende Summe kann zusätzlich durch die Vereinbarung begrenzt werden, daß ein gewisser Prozentsatz des Vorjahresgewinns nicht überschritten werden darf[4]. - Es bedarf der Abrede, ob und in welcher Höhe feste oder variable Zinsen von welchem Zeitpunkt an jährlich, halbjährlich oder in anderen Intervallen zu entrichten sind[5]. - Die Auszahlung kann auch in der Weise geregelt werden, daß für Zinsen und Tilgung zusammen jährlich der gleiche Betrag, die sogenannte Annuität, gewährt wird[6].

Die Abfindung kann auch in Rentenform erfolgen. Dabei ist klarzustellen, ob eine Zeit- oder Leibrente zu entrichten ist[7]. Die Zeitrente errechnet sich aus dem Abfindungsguthaben nach der Rentenformel für vorschüssige oder nachschüssige Renten, je nach dem Zeitpunkt der Rentenzahlung[8].

Der zugrundezulegende Zinsfuß ist entweder sofort im Gesellschaftsvertrag festzulegen oder später durch einen Sachverständigen zu bestimmen. - Die Höhe der Leibrente ist aus

---

1) vgl. oben S. 60 ff;
2) vgl. oben S. 63/64;
3) vgl. Sudhoff, GV, S. 287; Schwarze S. 144;
4) vgl. Sudhoff, GV, S. 287;
5) vgl. Knöchlein, DNotZ 60, 452 (468); vgl. Sudhoff, GV,S.286;
6) vgl. Glunz, S. 149/150;
7) vgl. auch Potthoff-Zintzen S. 224 ff;
8) vgl. Sudhoff, GV, S. 287.

dem Abfindungsguthaben gemäß der versicherungsmathematischen oder der finanzmathematischen Rentenformel bei Annahme einer mittleren Lebenserwartung des Rentenberechtigten zu ermitteln[1].
Ferner ist zu klären, wann die erste Rente fällig wird und in welchen Abständen sie gezahlt werden muß.

Es kann vereinbart werden, daß die Auszahlung des Abfindungsguthabens in Raten oder als Rente erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit nach dem Ausscheiden durch Tod beginnen soll. Zwischenzeitlich steht der OHG der gesamte Betrag als Darlehen zur Verfügung. Der Zeitpunkt des Beginns der Auszahlung kann von einer vorherigen Kündigung abhängig gemacht werden[2].

Bei langfristigen Auszahlungen besteht das Bedürfnis, sowohl zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters bzw. seiner Erben als auch im Interesse der überlebenden Gesellschafter gewisse Sicherungsabreden zu treffen.
So kann der Gesellschaftsvertrag eine zeitlich befristete Stillhalteklausel für den Fall vorsehen, daß das Unternehmen unvorhergesehene, die Liquidität beeinträchtigende Verluste erleidet oder aus anderen Gründen vorübergehend illiquide wird. Schiedsgutachter oder Schiedsgericht können beauftragt werden, bei ernsthaften Zahlungsschwierigkeiten die Stundung oder Reduzierung von Abfindungsraten auszusprechen[3].
Für den Fall, daß mehrere Gesellschafter kurzfristig nacheinander ausscheiden, wird zweckmäßigerweise vereinbart, daß die Abfindungszahlungen einen gewissen Prozentsatz des jährlichen Reingewinns nicht überschreiten dürfen[4]. Gleichzeitig ist festzulegen, in welchem Verhältnis die Ausfallsumme von den Beteiligten getragen werden muß.

Zu den Sicherungsmaßnahmen zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters bzw. seiner Erben gehört zunächst die

1) vgl. Sudhoff, GV, S. 288; Potthoff-Zintzen, S. 224;
2) vgl. auch Knöchlein, DNotZ 60, 452 (468); Glunz, S. 153;
3) vgl. Sudhoff, GV, S. 289;
4) vgl. Sudhoff, GV, S. 289/290.

sogenannte Verfallklausel bei Zahlungsverzug in bestimmter Höhe und während einer festgelegten Frist oder bei einer näher bestimmten Verschlechterung der Vermögenslage des Unternehmens[1].

Daneben können die Gesellschafter schuldrechtliche und dingliche Sicherungsvereinbarungen treffen; Bürgschaftsvertrag, Bestellung von Grundpfandrechten oder einer Reallast sowie die Sicherungsübereignung stehen als herkömmliche Sicherungsmöglichkeiten zur Verfügung[2]. Die Kreditfähigkeit der Unternehmung darf jedoch nicht zu stark eingeengt werden. Zweckmäßig ist eine Vereinbarung, daß der Ausgeschiedene bzw. seine Erben sich bei der Bestellung von Grundpfandrechten mit einem Rang begnügen müssen, der zwar für die Aufnahme von Fremdkapital nicht geeignet ist, normalerweise aber hinreichend Sicherheit gewährt[3].

Hinsichtlich einer Wertsicherungsverpflichtung sollte lediglich die Abrede getroffen werden, daß den Erben des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters ein Anspruch auf Festlegung einer Wertsicherung zusteht. Die eigentliche Wertsicherungsklausel ist dann Gegenstand einer zwischen den Beteiligten zur Zeit des Ausscheidens getroffenen Vereinbarung. Eine zu ihrer Wirksamkeit etwa erforderliche Genehmigung kann ebenfalls zu diesem Zeitpunkt eingeholt werden[4].

C) Zusammenfassende Beurteilung der Verwirklichung durch Gesellschaftsvertrag

Soweit die gesetzlich vorgesehene Abfindungshöhe, die sich nach dem wirklichen Wert der Kapitalbeteiligung des Verstorbenen bemißt, dem Gesellschafterwillen entspricht[5], geht es bei der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung lediglich

---

1) vgl. Knöchlein, DNotZ 60, 452 (468); Glunz, S. 156; Sudhoff, GV, S. 288;
2) vgl. Knöchlein, a.a.O.; Sudhoff, GV,S. 289;
3) vgl. Sudhoff, GV, S. 289; Glunz, S. 157/158;
4) vgl. Knöchlein, DNotZ 60, 452 (469); - über die Möglichkeiten einer Wertsicherung im Rahmen des § 3 WährG, vgl. Reithmann, "Wertsicherungsklausel", DNotZ 60, 172 ff; Knöchlein, DNotZ 60, 452 (469 ff); Glunz, S. 160 ff; Sudhoff, GV, S. 281,288/289;
5) vgl. oben S. 63; 66;

um die Überschaubarkeit der Wertfindung[1]. - Wenn der zu beschreitende Wertungsweg festgelegt und die einheitliche Anwendung der Bewertungsmethode in den jeweiligen Phasen durch Einzelbestimmungen gesichert wird, erhält man zwar ein besser überschaubares Ergebnis der Wertermittlung; die Ungewißheit wird herabgesetzt, die Rechtssicherheit erhöht; ein völlig eindeutiges Ergebnis scheitert jedoch an der fehlenden Möglichkeit, die Ausgangsgrößen unauswechselbar zu beziffern[2].- Die Abfindungshöhe kann auch nicht frühzeitig berechnet werden. Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag die einheitliche Handhabung der Wertfindung gewährleistet, ist die Berechnung nicht einfach[3].

Steht die Abfindungshöhe, die den Vollwert der Kapitalbeteiligung zum Ausdruck bringt, mit dem Gestaltungsinteresse der Gesellschafter nicht im Einklang, so muß gesellschaftsvertraglich eine andere Regelung geschaffen werden[4].
Die Vereinbarungen der Gesellschafter zielen dabei auf eine im hohen Maße überschaubare Gestaltung.

Die Abfindung erfolgt auf der Basis des Buchwertes oder eines zwischen Voll- und Buchwert, ausnahmsweise auch unterhalb des letzteren liegenden Wertes.

Hinsichtlich der Auszahlungszeit können gesellschaftsvertragliche Absprachen der Vorstellung der Gesellschafter vollauf entsprechen. -'Die mangelnde Eindeutigkeit der in § 271 I BGB enthaltenen Regelung im Hinblick auf eine mögliche Zahlungsstreckung kann durch Abreden im Gesellschaftsvertrag beseitigt werden[5].
Soll die Abfindung durch Zahlung laufender Bezüge - zeitlich begrenzt oder auf die Lebensdauer des Empfängers abgestellt - zur wirtschaftlichen Sicherung von Hinterbliebenen geleistet werden, so können die entsprechenden Vereinbarungen nebst Sicherungsabreden im Gesellschaftsvertrag getroffen werden.

1) vgl. oben S. 66 ff;
2) vgl. oben S. 70;
3) vgl. oben S. 71;
4) vgl. oben S. 73 ff;
5) vgl. oben S. 72;

T e i l II

Die Gestaltung der Fortführung der OHG mit Dritten

Die Beschränkung des Gesellschaftsverhältnisses auf die jeweils überlebenden Mitglieder der OHG birgt Nachteile für das Unternehmen und die Gesellschaft in sich und stößt häufig auf den Widerstand einzelner Gesellschafter, der psychologisch begründet sein und aus materiellen Gesichtspunkten herrühren kann.

Ein nach Funktionen aufgeteiltes Unternehmen steht vor der Entscheidung, den durch Tod eines Gesellschafters verwaisten Funktionsbereich im Wege der Umorganisation den übrigen Bereichen zuzuschlagen oder neu zu besetzen. Die Beschränkung des Gesellschafterbestandes bringt notwendige Änderungen mit sich, die das bisher ausgewogene Verhältnis der einzelnen Macht- und Verantwortungsbereiche stören kann.

Eine Gesellschaft ohne konsequente Politik der Nachfolge von Todes wegen läuft Gefahr, eines Tages zum Untergang verurteilt zu sein. - Diese Konsequenz ist zwar nicht unaufhaltsam: Dritte Personen könnten unabhängig vom Ausscheiden derzeitiger Gesellschafter durch Tod in die OHG aufgenommen werden. Die Erweiterung oder Ergänzung des Gesellschafterbestandes stellt jedoch vor außerordentlich schwierige Probleme persönlicher und sachlicher Art, die meistens nur unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten einer erfolgreichen Nachfolgepolitik auf lange Sicht befriedigend gelöst werden können.

Es darf zwar nicht unerwähnt bleiben, daß ein in der Rechtsform der OHG geführtes Unternehmen schließlich auch als Einzelfirma fortbestehen könnte; jedoch entspricht dies keineswegs dem Willen der Gesellschafter, die sich zu einer Arbeits- und Haftungsgemeinschaft unter gemeinsamer Firma zusammengeschlossen haben und daher den Bestand der Gesellschaft für lange Zeit planen und sichern wollen.

Der einzelne Gesellschafter ist meistens daran interessiert, daß die Gesellschaft nach seinem Tode nicht lediglich unter den überlebenden Mitgliedern fortbesteht. - Kapital- und Arbeitseinsatz in der OHG dienen dem Aufbau, der Erhaltung und Verbesserung der wirtschaftlichen Existenz. Mit der Stellung eines selbständigen Unternehmers verbindet sich in

der Regel ein soziales Wertbewußtsein, das sich auf die Achtung, Wertschätzung und Anerkennung stützt, die der Unternehmung selbst sowie den sie tragenden Personen von der Umwelt entgegengebracht werden. Der Gesellschafter ist daher bestrebt, die mit der Rechtsstellung in der OHG gewährte Möglichkeit beruflicher Betätigung als Quelle materieller Sicherheit und Ursprung vermehrten sozialen Ansehens zu erhalten, um sie schließlich einer nahestehenden Person als Nachfolger zu überlassen.
Die Gesellschafter werden daher überwiegend darauf bedacht sein, die OHG im Falle des Todes eines oder eines bestimmten Gesellschafters mit einem oder mit mehreren Nachfolgern fortzuführen.
Bleibt die Mitgliederzahl nicht auf die jeweils überlebenden Gesellschafter beschränkt, so qualifiziert sich die Frage der Fortbestandsgestaltung zum Problem der Ersetzungsgestaltung: Der Tod löst den Gesellschafterwechsel aus. Der Verstorbene muß durch einen Dritten ersetzt werden. Vielleicht denkt man auch an mehrere Nachfolger. - Das verlangt Entscheidungen über die Auswahl der Personen, die einst die Nachfolge antreten sollen, - vornehmlich Entscheidungen über die Begründung von Zuständigkeiten für eine solche Auswahl.

Ob auch die Rechtsstellung des Verstorbenen durch eine Neubegründung der Gesellschafterstellung ersetzt wird oder ob der neue Gesellschafter die Mitgliedschaft seines Vorgängers unmittelbar fortsetzt, hängt von dem Willen der Beteiligten und jeweils von den rechtlichen Möglichkeiten der Gestaltung des Nachfolgevorgangs ab.

Die Fragen des Nachfolgevorgangs können nur getrennt von der personellen Ersetzung aufgezeigt werden. Diese Aufteilung wird zwar allgemein nicht vorgenommen, sie ist aber für die Untersuchung der in Betracht kommenden Probleme unerläßlich.

Die folgenden Ausführungen behandeln zunächst den Bereich der personellen Ersetzung. Im Anschluß daran wird der Nachfolgevorgang erörtert.

Abschnitt I: Die Nachfolge als personelles Problem

Eine gegenüber den Gesamtbelangen verantwortungsbewußte und vom unternehmerischen Weitblick geprägte Haltung der Gesellschafter wird in der Regel danach trachten, Gesellschafter, die durch Tod ausscheiden, jeweils nur durch eine Person zu ersetzen.
Es ist zwar einfach zu bestimmen, daß beispielsweise alle oder mehrere Erben eines verstorbenen Gesellschafters die Nachfolge antreten sollen; diese Regelung kommt dem Willen der einzelnen Gesellschafter, bei der letztwilligen Vergabe des Vermögens keinen Erben zu benachteiligen, entgegen; sie entspricht jedoch in vielen Fällen nicht nur dem Gerechtigkeitsbedürfnis, sondern auch dem vorhandenen Mangel an Entschlußfreudigkeit[1]. - Bei einer Erweiterung des Gesellschafterbestandes können sich ernste Probleme für die Struktur der Gesellschaft und die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Gesellschafter ergeben; diese Sorge besteht vor allem, wenn nicht nur die Erben eines bestimmten oder einzelner Gesellschafter zur Nachfolge berufen sind, sondern wenn diese Gestaltung für den Tod aller oder der Mehrheit der Gesellschafter vorgesehen ist. - Eine andere Beurteilung ist nur angebracht, wenn es sich um ein stark expandierendes Unternehmen handelt, das bisher nur von wenigen Gesellschaftern geführt worden ist und/oder wenn die Zahl der voraussichtlich einrückenden Erben gering ist[2) 3)].

Da die Veränderung in der personellen Zusammensetzung durch Tod ausgelöst wird, liegt es nahe, daß der Nachfolger des Verstorbenen Erbenqualität besitzt. Notwendig ist das nicht; Dritter, mit dem die Gesellschaft fortgeführt werden soll, kann jeder sein, der hierfür vorgesehen ist.

---

1) vgl. Sudhoff, GV, S. 227/228;
2) vgl. zum letzteren Sudhoff, GV, S. 222;
3) Die Folgen einer Nachfolgeregelung, die zu vielen Personen den Weg in die OHG eröffnet, können dadurch abgeschwächt werden, "daß die nachrückenden Erben nur als Kommanditisten oder stille Gesellschafter einrücken können oder daß zumindest nur einer der Erben voll haftender Gesellschafter wird". - Sudhoff, GV, S. 228.

Die Nachfolge kann vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Hier interessieren insbesondere die Anforderungen, die an die Person des Nachfolgers gestellt werden. Auf Grund der bestehenden Vertragsfreiheit sind alle Einschränkungen möglich. So kann beispielsweise vereinbart werden, daß lediglich Familienangehörige, Volljährige oder Personen mit einer bestimmten abgeschlossenen Ausbildung für die Nachfolge in Betracht kommen.

Falls der Nachfolger Erbe sein soll, ist zu bedenken, daß vornehmlich Abkömmlinge des Erblassers zu Erben berufen sind. Hier begegnet ein vielschichtiges Problem, das mit der Frage, in wieweit Abkömmlinge zu einer Übernahme der unternehmerischen Aufgabe geeignet und bereit sind, nur angedeutet werden kann.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere das sogenannte Problem der dritten Generation[1)] zu beachten. - Während die Söhne meistens mit dem Schicksal des vom Vater mitaufgebauten Unternehmens auf natürliche Weise verbunden sind, weil es gilt, das Unternehmen auszubauen, den Markt zu gewinnen, Krisen zu überwinden und das Erreichte zu stabilisieren, ist bei den Enkeln das Empfinden schicksalhafter Verknüpfung des eigenen Lebens mit dem Aufbauwerk der Familie oft nicht mehr vorhanden. Die Enkel sind im Zeichen des gehobenen Lebensstandarts aufgewachsen. Ein harter Existenzkampf ist ihnen erspart geblieben. Häufig haben Umwelteinfluß und großzügige Erziehung versäumt, notwendige Eigenschaften und Fähigkeiten für die Übernahme unternehmerischer Führungsaufgaben heranzubilden.

Besuchen die Abkömmlinge weiterführende Schulen, so wird nicht selten bereits hierdurch der Bereich unternehmensbezogenen Denkens gesprengt und die Tür zu neuen Berufen aufgetan, die aus subjektiver Schau vielleicht weniger Einsatz, Anpassungsfähigkeit und Risikobereitschaft verlangen, dafür aber Sicherheit und vielfach größeres soziales Ansehen versprechen.

Eine andere Interessenausrichtung der Abkömmlinge, gepaart mit der Abneigung, in einem personenbezogenen Arbeits- und

1) vgl. Paulsen, Der praktische Betriebswirt, 1941, S. 271 ff.

Haftungsverband mitzuwirken, oder verbunden mit einem Mangel an menschlichen und fachlichen Unternehmerqualitäten, setzt den Versuch, die Nachfolge auf erbrechtlichem Wege zu sichern, erheblichen Schwierigkeiten aus.

Ein anderes Problem erwächst aus der Tatsache, daß der Todesfall zu einem Zeitpunkt eintreten kann, in dem der zur Nachfolge berufene Erbe noch minderjährig ist oder die sonst notwendigen Voraussetzungen für eine Mitarbeit in der OHG noch nicht erfüllt. Die Gesellschafter müssen erwägen, ob und wie sie für einen solchen Fall vorsorgen wollen.

Tritt ein minderjähriger Erbe die Nachfolge an, so werden die Gesellschafterrechte durch den gesetzlichen Vertreter ausgeübt. Dies gilt für die Geschäftsführung ebenso wie für die Vertretungsmacht, falls der Erbe nicht hiervon ausgeschlossen ist[1].
Der Einfluß eines gesetzlichen Vertreters in der OHG kann aus vielerlei Gründen unerwünscht sein; dies trifft insbesondere zu, wenn den Gesellschaftern ein Vertreter präsentiert wird, der für eine Zusammenarbeit ungeeignet ist.

Die Gesellschafter können den Fall, daß ein Minderjähriger die Nachfolge antritt, natürlich von vornherein im Gesellschaftsvertrag ausschließen. Es ist aber zu bedenken, ob eine solche Regelung erforderlich ist, um den Gefahren und Unwägbarkeiten, die eine Mitgliedschaft des noch jugendlichen Nachfolgers mit sich bringt, entgegenzutreten. Nicht selten wird die Nachfolgepolitik der Unternehmung auch auf Jahrzehnte durchkreuzt, wenn zwar Minderjährige nicht zur Nachfolge zugelassen sind, doch wider Erwarten im Todesfall lediglich ein zu junger Nachfolger zur Verfügung steht. Wenn weiter bedacht wird, daß es nicht darum geht, eine auf Dauer unfähige Person in der Gesellschaft zu dulden, sondern lediglich darum, für einen zeitweiligen, umständebedingten Zustand Abhilfe zu schaffen, so sollten zwischenzeitliche Lösungen erwogen und gesellschaftsvertraglich gesichert werden. - Hier bieten sich unterschiedliche Möglichkeiten an.

1) vgl. Lehmann, GR [2] 1959, S. 111 und 121; Römer S. 80 f.

Die Gesellschaft kann zunächst ohne einen Nachfolger des Verstorbenen weitergeführt werden. Der Gesellschaftsvertrag bestimmt aber, daß der für die Nachfolge vorgesehene Erbe nach Abschluß einer bestimmten Ausbildung und/oder nach Erreichen eines Mindestalters in die OHG aufgenommen wird.

Als zweckmäßig kann sich die Vereinbarung erweisen, daß der Erbe oder der sonstbenannte Nachfolger wegen seines jugendlichen Alters zunächst nur Kommanditist, von einer bestimmten Zeit an jedoch persönlich haftender Gesellschafter sein soll. Das ist für den Erben verhältnismäßig gefahrlos, da er als Kommanditist nur beschränkt mit der Einlage des Erblassers haftet und zur persönlichen Mitarbeit in der OHG nicht verpflichtet ist. Die Zusammenarbeit der übrigen Gesellschafter wird durch eine Tätigkeit des zu jungen Nachfolgers nicht belastet.

Weiter besteht die Möglichkeit, die Mitgliedschaft in der OHG für einen minderjährigen Nachfolger zwar nicht auszuschließen, wohl aber eine Testamentsvollstreckung gesellschaftsvertraglich zuzulassen. Dann könnte der Erblasser anordnen, daß eine befähigte Person für einen bestimmten Zeitraum den Nachlaß oder auch nur die Gesellschafterbeteiligung als Testamentsvollstrecker verwaltet (§§ 2209, 2210 BGB), bis der Erbe ein bestimmtes Alter erreicht hat und hinreichend erfahren ist, um die Befugnisse in der OHG selbst auszuüben. - Allerdings sollten sich die Gesellschafter auch vor Augen halten, daß sich die Testamentsvollstreckung an einer Mitgliedschaft in der OHG nur begrenzt verwirklichen läßt: Die normale Verwaltungsvollstreckung ist undurchführbar, weil sich die gesetzliche Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers auf den Nachlaß beschränkt (§ 2206 BGB), der Erbe als Gesellschafter der OHG aber persönlich unbeschränkt haftet[1] [2].

Allerdings kann die Testamentsvollstreckung in abgewandelter Form grundsätzlich aufrechterhalten werden, so daß dem Wil-

1) vgl. zur Haftung des Erben als Gesellschafter der OHG unten S.128 FN 1 und 2;
2) vgl. Schlegelb.-Geßler[4] § 139 A 14; Richardi S. 43;

len der Gesellschafter und des Erblassers entsprochen würde. Als Gestaltungsarten kommen die widerrufliche Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers durch den Gesellschafter-Erben sowie die treuhänderische Übernahme der Gesellschafterstellung in Betracht, wobei die Zulässigkeit der Übernahme aus der Anordnung der Testamentsvollstreckung selbst folgt[1].

Nicht immer aber wird der als Nachfolger vorgesehene Erbe dem Testamentsvollstrecker die Ausübung der Gesellschaftsrechte freiwillig überlassen: Auf Grund der erteilten Vollmacht haftet der Gesellschafter-Erbe für die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers persönlich unbeschränkt. - Umstritten ist, ob in der letztwilligen Verfügung die Vollmachtserteilung zum Inhalt einer Auflage gemacht werden kann[2].
- Die treuhänderische Übernahme durch den Testamentsvollstrecker wird nicht selten scheitern, weil dieser die unbeschränkte Gesellschafter-Haftung im Interesse eines anderen nur ungern auf sich nehmen wird. Zwar besteht ein Aufwendungsersatzanspruch gegen den Erben aus der Treuhand (§ 670 BGB), doch nur bis zur Grenze des Nachlasses[3].
Die Gesellschafter werden daher weitere Möglichkeiten einer zwischenzeitlichen Lösung des personellen Nachfolgeproblems in Betracht ziehen.
Bis zur Erreichung eines Mindestalters könnte der vorgesehene Nachfolger von der Geschäftsführung und Vertretung gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen werden. Zugleich sollten Bestimmungen über ein stufenweises Hineinwachsen des jungen Gesellschafters in die volle Geschäftsführung getroffen werden.

Häufig besteht ein Bedürfnis, dem von der Ausübung der Gesellschaftsrechte teilweise ausgeschlossenen Gesellschafter auf der anderen Seite besondere Kontrollmöglichkeiten einzuräumen. Als Kontrollorgan kommt ein gesellschaftsfremder Dritter in Betracht, z.B. ein Anwalt oder Wirtschaftsprüfer, der durch seine Geschäfts-

---

1) BGHZ 12, 100 (102); Schlegelb.-Geßler a.a.O.;
2) dafür: RGZ 172, 199 (205); BGHZ 12, 100 (103); Johannsen LM Nr. 1 zu § 2216 BGB; Kipp-Coing § 68 III 2 b, c; Staud.-Dittmann, § 2205 A 65; Erman-Hense § 2205 A 5; dagegen: Schlegelb.-Geßler § 139 A 14 a; Richardi S. 48 ff; Siebert, Festschrift, S. 332 ff;
3) vgl. Siebert, Festschrift S. 337 f; Richardi S. 58;

erfahrung die Interessen des noch jungen Gesellschafters wahren kann.
In den Gesellschaftsvertrag wäre dann eine Regelung dahingehend aufzunehmen, daß dem geschäftsunerfahrenen Gesellschafter hinsichtlich dieses Kontrollorgans ein Vorschlagsrecht, den übrigen Gesellschaftern ein Zustimmungsrecht eingeräumt wird. Darüberhinaus wird es sich empfehlen, zugleich ein Schiedsgericht zu bestimmen, das entscheidet, wenn die übrigen Gesellschafter den Vorschlag nicht akzeptieren wollen und es zu Streitigkeiten über das Kontrollorgan kommt.

Möglicherweise werden einem außenstehenden Dritten für die Zeit, während der ein Nachfolger seinen Arbeits- und Verantwortungsbereich noch nicht ausfüllen kann, bestimmte Aufgaben übertragen. Der Dritte würde indirekten Einfluß auf die Geschäftsführung nehmen, indem er dem Gesellschafter-Nachfolger beratend zur Seite stünde und auf dessen Willensbildung einwirkte. Als Entgelt für die mittelbare Geschäftsführung käme der Anspruch auf den Gewinnanteil in Betracht, von dem eine entsprechende Quote an den Dritten durch Einräumung einer Unterbeteiligung oder durch die Bestellung eines Nießbrauchs abgezweigt werden könnte[1]. Hierzu ist allerdings eine vertragliche Abmachung zwischen dem Gesellschafter-Nachfolger und dem Dritten erforderlich, zu deren Abschluß der erstere nicht im voraus durch Gesellschaftsvertrag angehalten werden kann. Durch letztwillige Verfügung - Auflage - ließe sich jedoch eine entsprechende Anordnung treffen.

Im Einklang mit § 125 Abs. II HGB kann im Gesellschaftsvertrag auch bestimmt werden, daß der Nachfolger für eine gewisse Zeit nur gemeinsam mit einem anderen Gesellschafter oder mit einem Prokuristen vertretungsberechtigt ist. Durch diese Anordnung echter oder unechter Gesamtvertretung wird der Gesellschafter-Erbe in der Ausübung seiner Vertretungsmacht zulässigerweise eingeengt. Mit Wirkung für das Außenverhältnis kann allerdings nicht vereinbart werden, daß für gewisse Geschäfte Einzelvertretung, für andere Geschäfte dagegen Gesamtvertretung bestehen soll. Eine derartige Ab-

1) vgl. hierzu auch Römer S. 148 ff.

machung im Gesellschaftsvertrag würde nur für das Innenverhältnis Geltung haben.

Die Gesellschafter sollten schließlich nicht versäumen zu erwägen, wie ein zu junger Nachfolger am besten ausgebildet würde, um die Geschäfte in der OHG führen zu können. Oft empfiehlt sich im Interesse des Nachfolgers, daß ihm ein Anspruch auf Ausbildung eingeräumt wird. Diese kann in der OHG selbst gewährt werden. Oft ist es zweckmäßiger, eine gewisse Zeit für die Ausbildung in anderen Unternehmen vorzusehen.

Damit sind die Möglichkeiten einer zwischenzeitlichen Lösung bei noch jungen Nachfolgern nicht erschöpfend dargestellt. Die Ausführungen sollten lediglich zeigen, daß eine breite Skala von Regelungen zur Verfügung steht, die es erlaubt, Bestimmungen zu treffen, die auf die jeweiligen Verhältnisse der Unternehmung zugeschnitten sind, so daß ein unvorhergesehener Todesfall die Gesellschaft nicht völlig unvorbereitet zu treffen braucht.

Zu den personellen Problemen der Nachfolge gehört weiter die Frage, wer den Nachfolger bestimmen soll und wie dies zu geschehen habe. Hier ist eine wohlüberlegte Regelung erforderlich: Wie die übrigen Bestimmungsrechte, durch deren Ausübung auf den Tod eines Gesellschafters vorgesorgt wird, ist auch das Bestimmungsrecht der Nachfolger-Auswahl und -Benennung in der gemeinschaftlichen Zuständigkeit der Gesellschafter begründet. Diese üben es bisweilen im vollen Umfang im Gesellschaftsvertrag aus:
Der Dritte, mit dem die Gesellschaft im Falle des Todes eines bestimmten Gesellschafters fortgeführt werden soll, kann dann namentlich benannt oder nach generellen Merkmalen - hinreichend - bezeichnet sein.
Die namentliche Benennung wird nur in Ausnahmefällen anzutreffen sein. Sie setzt voraus, daß der Nachfolger im Zeitpunkt der gesellschaftsvertraglichen Bestimmung - bei Gründung der OHG, meistens später, bei einer Ergänzung des Gesellschaftsvertrages - der Person nach feststeht. Die Be-

stimmungsklausel ist hier personell konkretisiert; sie lautet auf eine bestimmte Person.
Die Beschreibung des Dritten nach generellen Merkmalen im Gesellschaftsvertrag reicht oft für die Feststellung, wer Nachfolger des Verstorbenen sein soll, aus. - Ist die Fortführung der Gesellschaft mit dem ältesten Sohn des Verstorbenen, mit seinen Erben, einem seiner Erben oder demjenigen Sohn, der kaufmännisch ausgebildet ist, vorgesehen, so ist in den beiden ersten Fällen lediglich der familienrechtliche oder erbrechtliche Status festzustellen. Einer die personelle Bestimmungsklausel ergänzenden Erklärung der Beteiligten bedarf es nicht.
Die weiter genannten Bestimmungsmöglichkeiten lassen die Konkretisierung des Nachfolgers ohne weiteres zu, wenn der Verstorbene nur einen Erben hinterläßt oder nur einer seiner Söhne kaufmännisch ausgebildet ist. - Auch ohne Benennung der Person kann somit das personelle Bestimmungsrecht im Gesellschaftsvertrag voll ausgeübt sein, wenn die Bezeichnung genereller Merkmale wie Anzahl der Personen, Rechtsstellung, Altersfolge, Geschlecht, Fähigkeiten und sonstiger Angaben die Auswahl des Nachfolgers durch einfache Subsumtion zuläßt.

Im gewissen Umfang ist die Bestimmungsklausel mit diesem Inhalt auch beweglich und anpassungsfähig: Soll der "älteste Sohn" Nachfolger werden und stirbt der älteste von vier Söhnen vor dem Vater, so wechselt der als Nachfolger Bezeichnete seiner Person nach, ohne daß die Bestimmungsklausel des Gesellschaftsvertrages geändert werden müßte.

Das personelle Bestimmungsrecht hinsichtlich der Nachfolge auf den Todesfall wird jedoch weitgehend nicht allein von der Gesellschaftergemeinschaft ausgeübt. Das ist auch sachlich begründet: Der Nachfolger eines verstorbenen Gesellschafters muß fachlich geeignet sein; sein berufliches Interesse soll sich auf den Unternehmensbereich erstrecken; der neue Gesellschafter muß die notwendigen menschlichen Voraussetzungen besitzen, damit eine vertrauensvolle und gedeihliche Zusammenarbeit in der OHG gewährleistet ist. - Die Beurteilung dieser Umstände und eine hieran orientierte Perso-

nenauswahl können oft nicht Sache der Gesellschaftergemeinschaft sein. Ihnen fehlt die zur Urteilsbildung notwendige "Objektnähe". Der einzelne Gesellschafter, um dessen Nachfolge es geht, vielleicht auch gesellschaftsfremde Personen werden naturgemäß mit den sachlichen und personellen Gegebenheiten besser vertraut sein; das muß Berücksichtigung finden: Der Gesellschaftsvertrag regelt dann Form und Zuständigkeit für die Ausübung des personellen Bestimmungsrechts.

Danach kann es allein Aufgabe des einzelnen Gesellschafters sein, den Nachfolger auszuwählen und durch Erklärung gegenüber den Mitgesellschaftern oder durch Verfügung von Todes wegen zu benennen. - Die Einräumung dieser ausschließlichen Zuständigkeit ist zulässig. Der Grundsatz, kein Gesellschafter könne den übrigen einen neuen Gesellschafter aufdrängen, bezweckt nur den Schutz der Gesellschaftergemeinschaft und ist nicht zwingend. Die übrigen Gesellschafter haben auf diesen Schutzzweck verzichtet, indem sie sich im Gesellschaftsvertrag einverstanden erklärt haben, mit einem Nachfolger zusammenzuarbeiten, der von ihnen nicht selbst ausgewählt worden ist[1].
Die Bestimmung des Nachfolgers kann auch den Erben des betroffenen Gesellschafters übertragen werden; etwa mit der Maßgabe, daß diese innerhalb einer bestimmten Frist eine geeignete Person aus ihrer Mitte für die Nachfolge vorschlagen können. Die überlebenden Gesellschafter wären dann gehalten, den Benannten in die Gesellschaft aufzunehmen.

Die Einräumung ausschließlicher Zuständigkeiten für die Ausübung des personellen Bestimmungsrechts birgt jedoch Gefahren für die geordnete und vertrauensvolle Zusammenarbeit der Gesellschaftergemeinschaft. Allzu leicht kann ein Nachfolger präsentiert werden, der den zu stellenden Anforderungen nicht entspricht. - Diesem Risiko könnte man entgehen, würde den überlebenden Gesellschaftern die Auswahl des neuen Mit-

1) h.M.; vgl. Schlegelb.-Geßler § 130 A 14; Hueck, ZHKR 83, 1 ff (30); KG DR 42 1699 (1700); Hueck, OHG, § 27 II 2 S. 252; Weipert in RGRK § 109 A 7; a.A.: Haupt-Reinhardt § 18 II S. 66.

glieds überlassen. - Damit ist aber eine ausreichende Berücksichtigung der Interessen des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters nicht gewährleistet. Erben oder sonstige Personen, die wegen ihrer verwandtschaftlichen oder anderweit begründeten Nähe zum Verstorbenen für eine Nachfolge in Betracht kämen, könnten auf diese Weise übervorteilt werden.

Man wird daher der geteilten Zuständigkeit den Vorzug geben:

Der Gesellschaftsvertrag bezeichnet den Nachfolger nach generellen Merkmalen, die je nach dem Grad ihrer Vollständigkeit und Abstraktheit der weiteren Ergänzung und Konkretisierung durch diejenigen Personen und Personengruppen bedürfen, die gesellschaftsvertraglich mit dieser Aufgabe betraut sind.
Danach kann der Gesellschaftsvertrag beispielsweise vorsehen, ein bestimmter Gesellschafter (oder alle Gesellschafter) sei(en) berechtigt, für den Fall des Todes einen (oder mehrere) Nachfolger zu bestimmen, der (die) mit dem Erblasser in gerader Linie verwandt sei(en) und/oder eine kaufmännische Ausbildung abgeschlossen haben (hätten). Übe der betroffene Gesellschafter sein Bestimmungsrecht bis zum Tode nicht aus, so seien die überlebenden Gesellschafter berechtigt und verpflichtet, im Einvernehmen mit den Erben einen geeigneten Nachfolger, der das 25. Lebensjahr vollendet haben müsse, auszuwählen und in die Gesellschaft aufzunehmen.

Die im Gesellschaftsvertrag festgelegten generellen Merkmale haben schutz- und richtungsweisende Funktion; sie sind Auswahlkriterien, die das Bestimmungsermessen der übrigen für die Benennung des Nachfolgers zuständigen Personen einengen.
Hierbei entsteht ein Kongruensproblem: Von dem Bestimmungsermessen kann nur im Rahmen der übertragenen Rechtsmacht Gebrauch gemacht werden. Soll die Gesellschaft mit einem letztwillig bestimmten Erben fortgeführt werden, so kann die Benennung als Nachfolger keinen Erfolg haben, wenn die Erbenqualität fehlt. Das eingeräumte Bestimmungsermessen muß auch

tatsächlich ausgeübt worden sein. Eine lediglich auf Gesetz beruhende Erbeneigenschaft würde für die Nachfolge nicht ausreichen.
Ist gesellschaftsvertraglich zwar die Nachfolge mit einem Erben des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters vorgesehen, werden an die Person des Erben jedoch bestimmte Anforderungen in persönlicher oder fachlicher Hinsicht gestellt, so müssen sich diese Voraussetzungen neben der Erbenqualität in einer Person vereinigen. Nur dann ist die Person des Nachfolgers wirksam bestimmt.

Die überlebenden Gesellschafter können sich - übereinstimmend -[1] über die im Gesellschaftsvertrag normierten Auswahlkriterien hinwegsetzen, falls die Nachfolge mit dem Tode des betroffenen Gesellschafters nicht bereits verwirklicht ist. - Die Rechtsmacht der Gesellschafter wird auch durch mögliche Rechtspositionen begrenzt, die andere Personen auf Grund des Gesellschaftsvertrages mit dem Ableben des Gesellschafters, um dessen Nachfolge es geht, erworben haben.

Zusammenfassend läßt sich sagen:
Die Nachfolge als personelles Problem wirft unterschiedliche Fragen auf.
Es erscheint in der Regel angebracht, den durch Tod ausscheidenden Gesellschafter lediglich durch eine Person zu ersetzen. An diese können gesellschaftsvertraglich besondere Anforderungen gestellt werden.
Falls der Nachfolger Erbe sein soll und der durch Tod ausscheidende Gesellschafter über Abkömmlinge verfügt, ist auf bestimmte soziologische Zusammenhänge zu achten. Insbesondere das sogenannte Problem der dritten Generation kann den Versuch, die Nachfolge auf erbrechtlichem Wege zu sichern, erschweren oder gar vereiteln.
Der Todesfall kann zu einem Zeitpunkt eintreten, in dem der vorgesehene Nachfolger noch zu jung ist oder die sonst notwendigen Voraussetzungen für eine verantwortliche Tätigkeit

1) falls für diesen Fall vorgesehen, genügt Mehrheitsbeschluß.

in der OHG noch nicht erfüllt. Für solche Fälle müssen zwischenzeitliche Lösungen erwogen und gesellschaftsvertraglich gesichert werden. Die Skala der möglichen Regelungen reicht über einen vorübergehenden Wechsel in der Beteiligungsart bis zu den unterschiedlichen Formen einer zeitweiligen Beschränkung in der Ausübung der Gesellschafterrechte.

Die Frage, wer den Nachfolger eines verstorbenen Gesellschafters bestimmen soll und wie dies zu geschehen habe, bedarf einer wohldurchdachten Regelung: Auswahl und Benennung sind an sich Sache aller Gesellschafter. Das personelle Bestimmungsrecht kann durch namentliche Benennung oder hinreichende Bezeichnung nach generellen Merkmalen im vollen Umfang gesellschaftsvertraglich ausgeübt werden. - Sachliche Gründe erfordern meistens die Einschaltung bestimmter Personen oder -gruppen, die eine Auswahl des Nachfolgers treffen können. Der Gesellschaftsvertrag muß dann Form und Zuständigkeit für die Ausübung des personellen Bestimmungsrechtes regeln.
Als zweckmäßig erweist sich die Einräumung von Teilzuständigkeiten. - Dann muß beachtet werden: Je umfassender die Gesellschafter-Gemeinschaft das personelle Bestimmungsrecht selbst ausgeübt hat, desto enger ist der gesellschaftsvertraglich gesteckte Rahmen für die Ausübung des Bestimmungsermessens durch die nachgeordneten "Stellen".

Abschnitt II: Der Nachfolgevorgang

Die hier auftretenden Probleme stehen im engen Zusammenhang mit der Entscheidung, ob die Nachfolgeregelung im Todesfall vollständig und für alle Beteiligten bindend vorliegen oder ob den überlebenden Gesellschaftern, Erben und Dritten ein mehr oder weniger starker Einfluß auf die Gestaltung eingeräumt werden soll.
Gleichzeitig ist von Bedeutung, ob die Belange der Gesellschaft eine im voraus überschaubare Kontinuität der Nachfolge erfordern oder ob Ungewißheit in Kauf genommen werden

kann, die möglicherweise den Vorzug hat, den Gegebenheiten im Todesfall besser entsprechen zu können.
Maßgeblich für die Gestaltung der Nachfolge ist auch das Ziel, die Gesellschaft vor vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachlaßbeteiligten abzuschirmen.

Dementsprechend wird in den Gesellschaftsverträgen bald die Fortsetzung der Mitgliedschaft des Verstorbenen durch den Nachfolger angeordnet, - in der Absicht, das Gesellschaftsverhältnis im Zeitpunkt des Todes unmittelbar auf den Nachfolger überzuleiten - bald soll die Nachfolge im Wege einer Neubegründung der Gesellschafterstellung erreicht werden. Das sind die grundlegenden Modalitäten der Gestaltung des Nachfolgevorgangs. Insoweit wird das Bestimmungsrecht von der Gesellschaftergemeinschaft selbst ausgeübt.

Oft läßt jedoch der Wortlaut der Gesellschaftsverträge keine eindeutige Entscheidung zugunsten der Fortsetzung der Mitgliedschaft oder der Neubegründung der Gesellschafterstellung zu. Eine an den Wortlaut anknüpfende Auslegung hat dann unter Berücksichtigung der oben genannten Gesichtspunkte die von der Gesellschafter-Gemeinschaft verfolgten Zwecke und Ziele zu erforschen, um zu einer Entscheidung in der einen oder anderen Richtung zu gelangen.
Dabei wird zu beachten sein, ob die Person des Nachfolgers im Zeitpunkt des Todes des zu ersetzenden Gesellschafters benannt sein sollte oder nicht. Im ersten Fall ist mit dieser Feststellung ein Indiz für eine beabsichtigte Fortsetzung der Mitgliedschaft gewonnen.

Zusammenfassung

Die Fortsetzung der Mitgliedschaft und andererseits ihre Neubegründung nach dem Tode sind die grundlegenden Modalitäten der Gestaltung des Nachfolgevorgangs. Fragen einer überschaubaren Kontinuität der Nachfolge, Einräumung, Inkaufnah-

me oder Ausschaltung des Einflusses der im Todesfall Beteiligten sowie Gesichtspunkte der Abwehr vermögensrechtlicher Ansprüche gegen die Gesellschaft bestimmen die Entscheidung der Gesellschafter für die eine oder andere Art der Regelung.

Im folgenden werden zunächst die Probleme der Fortsetzung der Mitgliedschaft des Verstorbenen durch einen oder mehrere Nachfolger erörtert. Zu einem späteren Zeitpunkt wird die Neubegründung der Gesellschafterstellung untersucht[1].

Kapitel 1: Die Fortsetzung der Mitgliedschaft

A) Ziel und Zweck der Fortsetzung aus der Sicht der Gesellschafter

In der Fortsetzungsklausel des Gesellschaftsvertrages bringen die Gesellschafter ihren Willen zum Ausdruck, die Mitgliedsstellung eines oder eines bestimmten Gesellschafters im Falle des Todes unmittelbar auf einen oder mehrere Nachfolger überzuleiten. Erstrebt wird der Subjektwechsel, ohne daß die rechtliche Identität der Mitgliedsstellung im übrigen berührt wird. Ersetzt wird dann lediglich die Person des Verstorbenen, nicht seine Rechtsstellung. Insoweit könnte man von einer eingeschränkten Ersetzungsgestaltung sprechen.

Die Fortsetzung der Mitgliedschaft erstrebt die Bindung der Beteiligten im Todesfall. Die gesamte Regelung der Nachfolge liegt zu diesem Zeitpunkt vollständig und abschließend vor. Der Nachfolgevorgang soll nach dem Willen der Gesellschaftergemeinschaft bereits mit dem Tode des Gesellschafters verwirklicht sein. Es kommt also insbesondere nicht mehr auf den Willen des vorgesehenen Nachfolgers an; dieser soll automatisch Mitglied der OHG werden, sobald sein Vorgänger verstorben ist. - Die überlebenden Gesellschafter, Erben und Dritte können ebenfalls keinen Einfluß auf die bereits vollzogene Nachfolge nehmen.
Die Fortsetzungsklausel gilt folglich als Instrument einer eindeutigen und übersehbaren Lenkungs- bzw. Nachfolgepoli-

1) vgl. unten S. 190 ff;

tik. Der Faktor der Ungewißheit wird zugunsten einer vorausbestimmten, im Todesfall für die Beteiligten unabänderlichen - weil verwirklichten - Regelung ausgeräumt[1].

Die Fortsetzung der Mitgliedstellung kann allerdings - neben weiteren Voraussetzungen - überhaupt nur erreicht werden, wenn der Nachfolger spätestens im Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters der Person nach feststeht.
Gesellt sich zu diesem Wirksamkeitserfordernis das Bestreben, die vorgesehene Regelung für die Beteiligten frühzeitig übersichtlich und offenkundig zu machen, - etwa mit dem Ziel, Spekulationen über die Nachfolge auszuschalten und das Vertrauensverhältnis in der Gesellschaft zu stärken - so kann zwischen der Nachfolgerbestimmung und dem Inkrafttreten der Fortsetzungsgestaltung ein beträchtlicher zeitlicher Abstand liegen. Diese Zeitspanne bringt nicht selten für die Person des Nachfolgers oder für die übrigen Beteiligten Veränderungen mit sich, die mangels Voraussehbarkeit nicht rechtzeitig berücksichtigt werden konnten. Dann besteht die Gefahr, daß eine Regelung wirksam wird, die den Umständen nicht mehr gerecht wird.
Eine nachträgliche, aber noch vor dem Todesfall getroffene Änderung der Nachfolgerbestimmung scheitert möglicherweise an den - auf Grund der veränderten Verhältnisse nunmehr - widerstreitenden Interessen der Gesellschaftergemeinschaft und des einzelnen Gesellschafters, um dessen Nachfolge es geht.
Es könnte auch die Zustimmung des benannten Nachfolgers erforderlich sein, wenn die Verwirklichung der Fortsetzungsgestaltung bereits in die Wege geleitet worden ist und der Berechtigte hierdurch eine unentziehbare Position erlangt hätte.

In derartigen Fällen würde die beabsichtigte Fortsetzung

1) Die Rechte aus § 139 HGB bleiben freilich unberührt; vgl. Abs. V dieser Vorschrift; - abschwächend wirkt auch die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, der die Mitgliedschaft des Verstorbenen fortsetzende Nachfolger sei berechtigt, den Erwerb innerhalb bestimmter Frist zurückzuweisen und aus der OHG auszuscheiden. - Handelt es sich um einen Erwerb, wie ihn § 139 HGB voraussetzt, so darf allerdings die Dreimonatsfrist des § 139 III HGB nicht verkürzt werden. - vgl. auch Hueck, OHG, § 28 VI, S. 277.

der Mitgliedsstellung mit dem Nachteil der mangelnden Anpassungsfähigkeit an die veränderten Verhältnisse behaftet sein.

Doch nicht solche Nachteile bestimmen die Vorstellung der Gesellschafter in der Hauptsache, sondern Gesichtspunkte des Vorzugs. Hierzu gehört das Bestreben, durch eine Fortsetzung der Mitgliedschaft die Gesellschaft vor einem unerwünschten Kapitalabfluß zu bewahren. - Das will nicht heißen, die Gesellschafter sähen bei einer Neubegründung der Gesellschafterstellung nach dem Tode des ausgeschiedenen Gesellschafters keine rechtliche Möglichkeit, sich vor vermögensrechtlichen Ansprüchen insbesondere solcher Erben, die von der Nachfolge ausgeschlossen sind, zu schützen; es liegt jedoch auf der Hand, daß die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch den Alleinerben und durch alle Erben des Verstorbenen als natürlicher und leicht zu beschreitender Weg erscheint, die Gesellschaft vor Vermögensansprüchen der Erben abzuschirmen. - Die Vermeidung des Kapitalabflusses gehört ebenso zu den erklärten Zielen, wenn lediglich einer von mehreren Erben oder gar ein Dritter, der nicht Erbe sein wird, für die Fortsetzung der Mitgliedschaft vorgesehen ist.

Ob dem Willen der Gesellschafter, wie er in der Fortsetzungsklausel des Gesellschaftsvertrages zum Ausdruck kommt, Erfolg beschieden ist, hängt von den Möglichkeiten und Voraussetzungen ab, die Fortsetzung der Mitgliedschaft rechtstechnisch zu verwirklichen.

B) Verwirklichung durch Verfügungswirkung

Die gesellschaftsvertragliche Anordnung der Fortsetzung der Mitgliedschaft im Todesfall kann für sich allein den Übergang der Gesellschafterstellung auf den Nachfolger nicht bewirken. Ein Mitgliedwechsel, der sich im Zeitpunkt des Todes des bisherigen Gesellschafters unmittelbar und vom Willen der Beteiligten unabhängig vollziehen soll, kann nur durch einen rechtlichen Tatbestand erreicht werden, der Verfügungswirkung äußert.

Verfügungswirkung ist mit dem Vorgang der Beerbung verbunden, gleichgültig, ob es sich um eine gewillkürte oder gesetzliche Erbfolge handelt. Mit dem Tode einer Person geht deren Vermögen als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen über (§ 1922 I BGB).
Es muß auch die Möglichkeit eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden, das Verfügungswirkung äußert, in Betracht gezogen werden.
Vererbung und Verfügungsvertrag unter Lebenden mit Wirkung auf den Todesfall sind diejenigen Tatbestände, die eine Fortsetzung der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters durch den Nachfolger vermitteln könnten.
Ob die Gesellschafterstellung tatsächlich auf einem dieser Wege oder gar auf beiden auf den Nachfolger übergehen kann, hängt von vielen Voraussetzungen ab, die noch einer Untersuchung bedürfen.

An dieser Stelle kann lediglich festgestellt werden, daß ein im übrigen wirksamer Verfügungstatbestand nur dann mit einer zuordnungsändernden Funktion ausgestattet ist, wenn seine Rechtswirkungen d i e Person treffen, die zum Nachfolger bestimmt ist. Die Verfügungswirkung muß in einer Person eintreten, die zur Fortsetzung der Mitgliedschaft ausgewählt und benannt ist.

AA) Verfügungswirkung durch Vererbung

Zieht man das Erbrecht heran, auf daß die Überleitung der Rechtsstellung des verstorbenen Gesellschafters in der OHG zu einem Vererbungsvorgang wird, so verengt sich der Kreis derjenigen Personen, die Nachfolger des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters werden können. - Der neue Gesellschafter muß Erbenqualität besitzen.

I.) Die Gesellschafterstellung als Gegenstand der Erbfolge

Die Besonderheit der Mitgliedschaftsrecht steht einer Teilnahme am Erbgang nicht entgegen. Zwar sind Geschäfts-

führungs- und Vertretungsrecht, Stimmrecht, Informations- und Kontrollrecht sowie das Kündigungsrecht als Ausfluß des Gemeinschaftsverhältnisses an die Gesellschaftereigenschaft geknüpft; doch kann aus diesem höchstpersönlichen Charakter nicht gefolgert werden, die Herrschafts- und Verwaltungsrechte, welche die Gesellschafterstellung gewährt, seien von der Vererbung ausgeschlossen[1]. Soll die Gesamtheit der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten verbunden mit der Gesellschaftereigenschaft auf einen Dritten übergehen, so wird lediglich die Abhängigkeit der Personengesellschaft von der Einzelpersönlichkeit ihrer Mitglieder berührt. Das Prinzip der unveränderten personellen Zusammensetzung dient aber nur dem Schutz der Gesellschafter und unterliegt ihrer Gestaltungsfreiheit. Die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten können daher insgesamt von ihrem Rechtsträger losgelöst werden, so daß sie erbrechtlich erfaßbar sind.

Die Gesellschafterstellung könnte aber als Gegenstand der Erbfolge deshalb nicht in Betracht kommen, weil das Gesetz die erbrechtliche Verfügungswirkung des § 1922 BGB an das "Vermögen" des Erblassers knüpft. So wird gefordert, das rechtliche Schicksal der personenrechtlichen Befugnisse der Mitgliedschaft müsse nach anderen als erbrechtlichen Gesichtspunkten beantwortet werden, da es sich insoweit nicht um Vermögensbestandteile handele[2].
- Der in § 1922 BGB angeordnete Übergang des Vermögens erfaßt jedoch den Inhalt der Erbfolge nicht abschließend. Neben dieser Vorschrift gibt es sowohl im BGB als auch in anderen Gesetzen weitere Einzelbestimmungen, die den

1) a.A.: Wolf NJW 54, 1549 (1550); Schlicht NJW 54, 984 (985); Donner DR 43, 1205 (1208); ders. DNotZ 44, 143 (150); Michaelis ZAKDR 1943, 233 f (233); RG DNotZ 1936, 209 Nr. 1;

2) Das hat für die Frage der Vererbung der Gesellschafterstellung zu einer systematischen Unterscheidung zwischen Vermögensrechten einerseits sowie Herrschafts- und Verwaltungsbefugnissen andererseits geführt: Die Letzteren erlöschen mit dem Tode des betroffenen Gesellschafters und gelangen auf Grund der Fortsetzungsklausel - so Schlicht NJW 54, 984 (985) - oder auf Grund des Gesetzes - so Donner in DR 43, 1205 (1208); ders. in DNotZ 44, 143 (150) und Michaelis in ZAKDR 43, 233 f (233) - in der Person des Gesellschaftererben automatisch neu zur Entstehung.

Umfang der Erbschaft festlegen[1]. "Erbfolge" ist bald enger, bald umfassender, als sich aus § 1922 BGB ergibt. Sie ist nicht schlechthin Übernahme der Vermögensgüter des Erblassers durch den Erben, sondern Fortsetzung der gesamten nicht höchstpersönlichen Rechts- und Pflichtstellung einer Person durch ein oder mehrere neue Rechtssubjekte. Die Frage der Vererblichkeit bestimmter Rechtsbeziehungen darf daher nicht nur aus § 1922 BGB, sondern muß auch auf der Grundlage etwaiger sonst vorhandenen Vorschriften, die den Umfang der Erbschaft regeln, beurteilt werden.

Durch den Tod eines Gesellschafters wird die OHG nur aufgelöst, "sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt" (§ 131 Ziff. 4 letzter Halbs. HGB). Hier wird der Gesellschaftergemeinschaft eine weitreichende Gestaltungsbefugnis eingeräumt. Diese umfaßt auch die Rechtsmacht, die Mitgliedschaft in der OHG vom bisherigen Rechtsträger ablösbar und der Teilnahme an der Erbfolge fähig zu machen[2]. - Das wird durch § 139 HGB bestätigt: Diese Vorschrift geht davon aus, daß die Gesellschafterstellung im Wege des Erbrechts erworben wird.

Die Gestaltungsmacht erstreckt sich auf die gesamte Gesellschafterstellung; sie umfaßt auch die Herrschafts- und Verwaltungsbefugnisse. Diese spezifisch mitgliedschaftlichen Rechte sind daher Gegenstand der Erbfolge. Es bedarf keiner Unterscheidung nach Vermögensrechten und Verwaltungsbefugnissen, um eine Teilnahme der Gesellschafterstellung am Erbgang zu erklären.
Diese Rechtswirkung ergibt sich nicht allein aus § 1922 BGB[3]. Andererseits ist es weder notwendig noch richtig, diese

1) vgl. hierzu ausführlich: Staud.-Boehmer Einl. § 28 Anm. 21-28, § 1922 Anm. 149 ff.
2) Auch in anderen Fällen macht das Gesetz die Vererblichkeit eines Rechts- aber auch die Unvererblichkeit: § 81 II S. 3 BGB - von bestimmten rechtsgeschäftlichen Handlungen des Rechtsträgers oder darüberhinaus anderer Beteiligter abhängig; vgl. §§ 847 I 2; 1300 II; 514 S. 1; jeweils letzter Halbs. BGB;
3) a.A.: Dür.-Hach.-Fl. II 2 § 139 A 9; Küster, DNotZ 56, 460 (465); Römer S. 56; Donner DR 43, 1227 (1228).

Vorschrift analog anzuwenden[1].
Die Möglichkeit einer Teilnahme der Gesellschafterstellung an der Erbfolge beruht vielmehr auf gesellschaftsrechtlichen Einzelvorschriften - gleichwohl auch erbrechtlichen Inhalts - sowie auf der Bestimmung des § 1922 BGB. Dieses Zusammenwirken der gesetzlichen Vorschriften ist möglich, da der Umfang der Erbschaft durch § 1922 BGB nicht abschließend festgelegt wird. Der Vermögenswert bildet die "Grenze" zwischen vererblichen und unvererblichen Rechtsbeziehungen, soweit nicht das Gesetz "ausdrücklich oder seinem Zwecke nach in der einen oder anderen Richtung Ausnahmen macht"[2].

Die Mitgliedschaft wird als selbständiger Rechtsgegenstand, nicht lediglich als Summe ihrer Rechte und Pflichten vererbt. Das Erbrecht findet die Mitgliedsstellung so vor, wie sie generell ihrer rechtlichen Qualität nach geschaffen ist. Als zwischen dem einen Gesellschafter und der Gesamtheit der übrigen bestehendes Rechtsverhältnis weist sie schuldrechtliche, gemeinschaftsrechtliche, vermögensrechtliche und sachenrechtliche Komponenten auf. In dieser komplexen Struktur ist die Mitgliedschaft mehr als die Summe der einzelnen Rechte, Anwartschaften und Rechtslagen, die sie gewährt, sowie der Pflichten und Bindungslagen, die dem Gesellschafter auferlegt sind: Die Rechte und Befugnisse, kraft deren der Gesellschafter auf den gemeinschaftlichen Rechtskreis einwirkt, sind an die Mitgliedsstellung geknüpft und an den Gesellschaftszweck gebunden. Das ist der besondere finale Charakter, der eine sinnvolle, integrierte Verknüpfung der einzelnen Elemente und Komponenten, Rechte und Pflichten zu einem Gefüge mit selbständiger rechtlicher Qualität schafft. Das Erbrecht knüpft daher nicht an die einzelnen sich aus der Mitgliedschaft ergebenden Rechte und Pflichten an, sondern erfaßt dieselbe als Gefüge in ihrer organisierten Eigenständigkeit.

1) a.A: Siebert NJW 55, 809 (810); ders. GV und ErbR 58, S. 20; Holch DNotZ 58, 282 (284);
2) Staud.-Boehmer § 1922 A 149;

Damit ist keineswegs die Frage geklärt, ob der Vorgang der Beerbung als Verfügungstatbestand, der die Fortsetzung der Mitglieschaft bewirkt, geeignet ist. Ob das Erbrecht die Gesellschafterstellung auf einen oder mehrere Nachfolger unmittelbar überleiten kann, hängt von der zuordnungsändernden Wirkung ab, die den erbrechtlichen Vorschriften zu eigen ist.

II.) Erbrechtliche Zuordnungsänderung

1.) bei der Gesamterbfolge des BGB

Nach § 1922 I BGB geht mit dem Tode des Erblassers dessen Vermögen, die Erbschaft, als Ganzes auf den Alleinerben oder mehrere Erben über.
Die erbrechtliche Gesamtnachfolge des BGB läßt eine sachliche Aufteilung des Nachlasses in einzelne selbständige Vermögens- oder Sondergutsmassen, die verschiedenen Erbregeln folgen, nicht zu[1]. Die Erbfolge ist für das ganze Vermögen einheitlich. Getrennte Erbfolgeordnungen und gesonderte Schuldenhaftung sind unbekannt.
Die Ablehnung einer Vermögensaufteilung in Güterkomplexe oder Einzelgegenstände ist nicht nur für die gesetzliche Erbfolge charakteristisch. Auch durch Verfügung von Todes wegen kann eine andere Rechtswirkung nicht erzielt werden.

So ist dem Alleinerben das gesamte Vermögen des Erblassers ausschließlich zugeordnet.

Auch mehrere Erben erwerben unmittelbar mit dem Erbfall alle Nachlaßgegenstände. Sie werden zunächst gemeinschaftlich mitberechtigte Träger des ganzen ungeteilten Nachlasses. Die Mitberechtigung der Erben ist notwendiges Zuordnungsprinzip, wenn eine Aufteilung des Vermögens in gesondert vererbte Güterkategorien nicht in Frage kommt.

Diese Mitberechtigung ist vom Gesetzgeber des BGB nicht nach dem römischen Grundsatz "der individualistischen Zerteilung

1) vgl. auch Kipp-Coing § 1 II 1, S. 3.

aller einzelnen Nachlaßgegenstände in Bruchteilsrechte"[1], sondern grundsätzlich nach dem Muster der deutschrechtlichen Gemeinschaft zur gesamten Hand gestaltet worden[2].

Die Gesamthandsbindung der Rechtsmacht aller Erben schafft die Zusammenfassung der Erbschaft zu einem Sondervermögen, das auch ohne Anwendung formeller Sonderungs- und Haftungsbeschränkungsmittel gegenüber dem Eigenvermögen der einzelnen Miterben eine gewisse rechtliche Selbständigkeit erlangt. Die gesamthänderische Bindung der Vermögensrechte gestattet weiter eine gemeinschaftliche Verwaltung, Nutzung, Abwicklung und Verteilung des Nachlasses. Einen besonderen Vorrang nimmt dabei die Befriedigung der Nachlaßgläubiger ein[3].

2) bei der Sondererbfolge außerhalb des BGB

Das der Sondererbfolge unterliegende Rechtsgut wird im Todesfall unmittelbar auf einen Sondererben, der nicht notwendig zu den Miterben des übrigen Nachlasses zu gehören braucht, übergeleitet.
Das Institut dient der Verwirklichung bestimmter Zweckgedanken und ist im Höfe-, Heimstätten- und Mietrecht gesetzlich ausgestaltet.
Die Höfeordnung für die britische Zone[4] regelt die Erbfolge in Bauernhöfe mit dem Ziel, die Zersplitterung der Höfe im Erbgang zu vermeiden und den angestammten landwirtschaftlichen Besitz möglichst in der Familie zu belassen. Daher durchbricht das Gesetz das Prinzip der erbrechtlichen Universalsuccession zugunsten einer Sondernachfolge in den Hof. Dieser vererbt sich geschlossen und ungeteilt auf den Hoferben. Der Hof wird als Sondervermögen unmittelbar mit dem Tode des Erblassers

1) Staud.-Boehmer § 1922 A 119;
2) dem römischen Bruchteilsprinzip wurden jedoch auch Zugeständnisse gemacht;
3) vgl. Staud.-Lehmann Vorb. zu § 2032; Lange ErbR § 44 I 4b;
4) Anlage B der VO Nr. 84 der Brit.Mil-Reg. vom 24.4.47 in der Fassung der VO Nr. 172 der Brit.Mil-Reg. vom 20.6.48 - Amtsbl. d. Mil.Reg. Deutschl., Brit.Kontr.Gebiet S. 982 -; die Höfeordnung gilt in den Ländern NRW, Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Hamburg.

nur einem von mehreren Erben zugeordnet[1].

Im Heimstättenrecht[2] ist eine Rechtsform geschaffen worden, welche die Verbindung des Heimstätters mit dem Grund und Boden gewährleisten soll. Um die Heimstätte auch nach dem Tode des Erblassers ungeteilt in ihrem Bestand zu erhalten, ordnet das Gesetz bei Vorhandensein mehrerer Erben unter bestimmten Voraussetzungen eine Sondererbfolge durch einen von mehreren Erben an (§§ 24 RHG; 25 ff AVO).

Die Sondererbfolge im Mietrecht bezweckt den Schutz der sog. Heimangehörigen. Das Mieterschutzgesetz[3] will den Familienangehörigen des Mieters, die bei dessen Tod dem Hausstand angehört haben und sämtlich Nichterben sind, die bisherige Wohnung erhalten. Zugleich wird die Notwendigkeit einer anderweitigen Unterbringung dieser Personen vermieden. Die Heimangehörigen rücken daher mit dem Tode des Mieters unmittelbar in das Mietverhältnis ein. Dieses geht unter Durchbrechung der erbrechtlichen Gesamtnachfolge automatisch von dem Erblasser auf eine oder mehrere begünstigte Personen über[4].

Das Institut der Sondererbfolge bewirkt in den aufgezeigten Fällen die Aufspaltung des Nachlasses; der eine Teil unterliegt der allgemeinen Erbregelung des BGB; für den anderen gilt eine abweichende Erbfolge. Die Erbregelung ist damit nicht mehr für das ganze Vermögen einheitlich.
Das gilt insbesondere für die Zuordnungsänderung. Bestimmte Güterkategorien gelangen durch Sondererbfolge in die unmittelbare Alleinzuständigkeit einer Person, die nach allgemeinem Erbrecht nur neben anderen oder überhaupt nicht zur Erbfolge berufen ist. Dieselben Rechtsgüter werden - zumindest ihrem sachenrechtlichen Gehalt nach - den nach allgemeinem Erbrecht berufenen Erben gänzlich entzogen.

---

1) Lange-Wulff, § 4 A 56, wollen "eine vom Gesetz zugleich mit dem Erbfall durchgeführte Auseinandersetzung" annehmen; man muß aber fragen, ob der Begriff der "Auseinandersetzung" nicht den Anfall des gesamten Nachlasses - einschl. des Hofes - an die Gesamtheit der Erben - zumindest für eine logische Sekunde - voraussetzt. Eine solche Erklärung der Hofnachfolge würde jedoch dem Wortlaut und dem Inhalt des § 4 der HO nicht gerecht.- a.A: Bendel, S. 57;

2) vgl. Reichsheimstättengesetz v. 10.5.1920-RGBl.I. S. 162, 1218 - n.F. vom 25.11.1937 - RGBl. I S. 1291 - sowie die AVO v. 19.7.1940 - RGBl. I, 1027;

Das von der BGB-Erbfolge abweichende Ergebnis der Zuordnungsänderung schafft die Voraussetzung und bringt zugleich die Notwendigkeit einer weiteren rechtlichen Sonderbehandlung mit sich. Dies gilt vor allem für die haftungsrechtliche Stellung der Sondergüter[1] sowie für ihre jeweilige Behandlung im Verhältnis der Miterben zueinander[2]. - Auf der anderen Seite ist die gesonderte Zuordnungsänderung nur e i n Mittel zur

---

3) vom 1.6.1923 - RGBl. I S. 353 i.d.Fass. der Bekanntmachung vom 15.12.1942 - RGBl. I S. 712 -; Änderungen durch das Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht, Art. III v. 23.6.1960 - BGBl. I S. 389;

4) § 19 MSchG; vgl. Lange, ErbR § 55 C; Roquette § 19 A 12 ff;

1) Außenverhältnis:
Hofeigentum: Eine selbständige Schuldenhaftung ist nach außen nicht durchgeführt. Der Hoferbe haftet mit den übrigen Erben für die gesamten Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner, auch wenn er am übrigen Nachlaß nicht beteiligt ist (§ 15 I HO).
Heimstätte: Die Zwangsvollstreckung in die Heimstätte wegen einer dinglich nicht gesicherten Forderung ist unzulässig (§ 20 I RHG). Dies gilt auch für die Zeit nach dem Erbfall.
Innenverhältnis:
Hofeigentum: Das Bestreben, die Leistungsfähigkeit zu erhalten und eine Weiterführung in der Familie zu ermöglichen, bestimmt die Sonderstellung des Hofes im internen Abwicklungsverhältnis. Der Hof wird auf Kosten des übrigen Nachlaßvermögens entlastet. - Die Nachlaßverbindlichkeiten einschließlich der auf dem Hof lastenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sind zunächst aus dem freien Nachlaß zu berichtigen (§ 15 II HO). Insoweit hat der Hoferbe gegen die übrigen Erben einen Befreiungsanspruch. - Ist das hoffreie Vermögen aufgezehrt, muß der Hoferbe die Nachlaßverbindlichkeiten allein tragen und die anderen Erben davon freistellen (§ 15 III HO). Bei der Berechnung der Abfindung der Miterben werden jedoch die vom Hoferben zu tragenden Verbindlichkeiten vom Einheitswert abgezogen (§ 12 III 1 HO).
Heimstätte: Bestimmt sich die Abfindung der übrigen Erben gem. § 31 AVO in der Weise, daß im Verhältnis der Miterben zueinander der Anrechnungswert an die Stelle der Heimstätte tritt, so ist der Heimstättenfolger verpflichtet, die nach Abs. 2 des § 31 AVO auf den Anrechnungswert angerechneten Belastungen der Heimstätte den Miterben gegenüber als Alleinschuldner zu übernehmen.

Zusammenfassung: Schutz vor einem haftungsrechtlichen Zugriff der Nachlaßgläubiger wird somit im Heimstättenrecht unmittelbar gewährt, indem über das Sondergut eine Vollstreckungssperre für dinglich nicht gesicherte Forderungen verhängt ist. Im Höferecht wirkt der Schutz mittelbar; eine Enthaftung des Sondergutes wird über die Regelung des Innenverhältnisses erreicht.

2) Hofeigentum: Die Höfeordnung will die weichenden Erben

Verwirklichung einer bestimmten gesetzlichen Zweckgestaltung: Der Bestimmung des Sondererben dient die Aufstellung einer eigenen Erbfolgeordnung[1] oder die Regelung eines besonderen Berufungsverfahrens[2], im Mietrecht die Beschreibung eines Personenkreises nach bestimmten Kriterien[3].

---

zwar am Wert des Hofes beteiligen, andererseits eine Überschuldung vermeiden. - An die Stelle des Hofes tritt im Verhältnis der Miterben untereinander der Hofeswert (§ 4 S. 2 HO). Den nicht zur Hofnachfolge berufenen Erben steht eine Geldforderung zu, die sich gegen den Hoferben richtet (§ 12 I HO). Die erbenmäßige Beteiligung besteht als Geldanspruch. - Ermittlung und Aufteilung des Hofeswertes bevorzugen den Hoferben (§ 12 II u. III HO). Verbleibt nach Tilgung sämtlicher Verbindlichkeiten ein Überschuß des freien Nachlasses und reicht dieser aus, um die Erbteile der übrigen Erben aufzufüllen, so kann eine Abfindung gegen den Hoferben nicht geltend gemacht werden. (arg. e. § 15 IV 2 HO).
Heimstätte: An die Stelle der Heimstätte tritt im Verhältnis der Miterben zueinander ein besonderer Anrechnungswert, der sich aus der beim Heimfall zu zahlenden Entschädigung (§ 15 I RHG) unter Hinzurechnung des Zubehörwertes abzüglich der auf der Heimstätte ruhenden Lasten ergibt (§ 31 II AVO). Ein Voraus steht dem Heimstätter nicht zu. - Für Abfindungsforderungen auf Grund derartiger Anrechnung der Heimstätte gelten hinsichtlich der dinglichen Sicherung Belastungsbeschränkungen (§§ 32,33 AVO).
Mit der Sonderzuordnung des Mietverhältnisses nach § 19 MSchG ist eine gesetzliche Ausgleichsregelung nicht verbunden.

1) Für die Berufung zum Hoferben gilt eine besondere Erbfolgeordnung (§ 5 HO). Sie berücksichtigt die Herkunft des Hofes von der Mannes- oder Frauenseite.
2) Im Heimstättenrecht richtet sich zwar die Erbenqualität nach den Vorschriften des BGB; für die Bestimmung des Heimstättenfolgers aus dem Kreise der Miterben ist dagegen eine besondere Berufungsregelung getroffen. Derjenige Miterbe erwirbt das Eigentum an der Heimstätte mit dem Erbfall (§ 29 AVO), der durch Verfügung von Todes wegen(§ 26 Ziff. 1 AVO), im Wege der Einigung aller Erben, die form- und fristgerecht gegenüber dem Nachlaßgericht erklärt wird (§26 Ziff. 2 AVO), oder durch qualifizierten Mehrheitsbeschluß aller Erben im nachlaßgerichtlichen Verfahren (§ 26 Ziff. 3 AVO) als Heimstättenfolger benannt wird.
3) vgl. § 19 MSchG; die Vorschrift spricht von Familienangehörigen des Mieters, die bei dessen Tod dem Hausstand angehört haben und sämtlich Nichterben sind.

Als weitere Gestaltungsmittel gelten die Beschränkung der allgemeinen Testierbefugnis des Erblassers[1] sowie der Ausbau der selbständigen Stellung des Sondererben durch Normierung einer vom Zwang der Erbschaftsausschlagung unabhängigen Verzichtsbefugnis[2].

Zusammenfassung

Die Aufteilung des Nachlasses in verschiedene Vermögenskategorien, die jeweils selbständigen Erbregeln folgen, ist der Gesamterbfolge des BGB fremd.
Die Sondererbfolge ist außerhalb des BGB gesetzlich geregelt und erfaßt einige wenige Vermögensgüter des Erblassers. Die gesonderte Zuordnungsänderung ist lediglich grundlegender Teilausschnitt einer umfassenden Sondererbgestaltung, die der Verwirklichung bestimmter Zweckgedanken dient. Daneben treten weitere Gestaltungsmittel, die sich in einer Reihe von Regelungen äußern und die erst in ihrer Gesamtheit das jeweilige Bild der Sondererbfolge wiedergeben. Das erfaßte Rechtsgut unterliegt somit in verschiedener Hinsicht einer besonderen erbrechtlichen Behandlung.

---

1) Höferecht:
Der Erblasser kann zwar den Hoferben durch Verfügung von Todes wegen bestimmen (§ 7 HO), doch bedarf er der Genehmigung des Landwirtschaftsgerichts, wenn er seine sämtlichen Abkömmlinge übergehen will (§ 7 II HO). - Der Berufene muß z.Zt. des Erbfalls wirtschaftsfähig sein (§ 6 V HO). Der Erblasser kann die Sondererbfolge kraft Höferechts nicht ausschließen (§ 16 I HO). Die gesetzlichen Hoffolgeberechtigten dürfen nicht ohne Benennung eines Hoferben von der Hofnachfolge ausgeschlossen werden (arg.e. § 10 i.V.m. § 16 I HO).
Heimstättenrecht: Die Testierbefugnis ist kaum angetastet; findet eine Heimstättenfolge gem. §§ 26, 29 AVO nicht statt, kann der Erblasser für die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nur begrenzt Anordnungen treffen: vgl. § 35 I AVO; vgl. auch §§ 9, 19 RHG.

2) Der vom Erblasser durch Verfügung von Todes wegen berufene Erbe kann nach § 28 AVO auf die Heimstättenfolge verzichten, ohne zugleich die Erbschaft ausschlagen zu müssen. Auch der Hof kann gesondert und ohne Wirkung für den sonstigen Nachlaß ausgeschlagen werden (§ 11 HO).

III. Die Rechtswirkungen der erbrechtlichen Zuordnungsänderung stehen mit den gesellschaftsvertraglichen Anforderungen nicht im Einklag.

Sind alle Erben des verstorbenen Gesellschafters zur Fortsetzung der Mitgliedschaft berufen, so würde nach allgemeinem Erbrecht die Erbengemeinschaft an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters in der OHG treten, weil das BGB mehrere Erben nur in der Rechtsstellung gesamthänderischer Gebundenheit kennt. Die Zuweisung der Mitgliedschaft samt kapitalmäßiger Beteiligung an die Erbengemeinschaft steht jedoch mit den gesellschaftsvertraglichen Anforderungen an eine erbrechtliche Zuordnungsänderung nicht im Einklang; nach dem Willen der Gesellschafter soll jeder einzelne Erbe unmittelbar mit dem Ableben des zu ersetzenden Gesellschafters selbständiges Mitglied der OHG werden. Die Gesellschafterstellung des Erblassers soll den Erben als unabhängig nebeneinanderstehenden Einzelpersonen zugeordnet sein.
Das Spannungsverhältnis ist besonders groß, wenn nur einer der Erben für die Fortsetzung der Gesellschafterstellung in Betracht kommt. Der Alleinberufung durch den Gesellschaftsvertrag steht die Gesamtberufung durch das bürgerliche Erbrecht - in der Rechtsform der Gesamthand - gegenüber.

Eine Anwendung der für die Gesamterbfolge geltenden Regeln würde darüber hinaus zu einem gesellschaftsrechtlich unzulässigen Ergebnis führen. Wegen der haftungsrechtlichen Anforderungen, die das Recht der OHG an denGesellschafter stellt, kann eine Erbengemeinschaft nicht Mitglied sein[1) 2)].

---

1) So im Ergebnis auch Hueck, OHG, S. 17 und Seite 265; RG DR 43, 1228 (1229); BGHZ 22, 186 ff = NJW 57, 180 f (180); Küster, DNotZ 56, 460 (466);
2) Da der Nachlaß nicht als Träger von Rechten und Pflichten im Rechtsverkehr aufzutreten vermag, vielmehr alle Erben - gemeinschaftlich handelnd oder durch einen Bevollmächtigten vertreten - Verpflichtungsgeschäfte mit Wirkung für den Nachlaß abschließen müssen, könnte die Erbengemeinschaft unter Haftungsgesichtspunkten die Vor-

Eine gesonderte Zuordnungsänderung findet sich zwar in einigen Fällen der Sondererbfolge. Hierbei handelt es sich jedoch um abgeschlossene gesetzliche Sonderregelungen, die einen bestimmten Zweckgedanken verwirklichen.

Die Ausführungen unterstreichen die Notwendigkeit, nach vermittelnden Möglichkeiten einer erbrechtlichen Verwirklichung zu suchen, die einerseits dem Willen der Gesellschafter gerecht werden und zu gesellschaftsrechtlich zulässigen Ergebnissen führen, andererseits mit dem geltenden System des Erbrechts, das über die Gesamterbfolge des BGB hinausreicht, in Einklang gebracht werden können. Dabei stellt sich die Frage, ob das Prinzip der gesonderten Zuordnungsänderung, wie es in den aufgezeigten Fällen der Sondererbfolge zu finden ist, herangezogen werden kann.

Die weitere Darstellung vernachlässigt die Gestaltung, daß der einzige Erbe die Mitgliedschaft des Verstorbenen fortsetzen soll. Dieser Fall birgt keine besonderen Schwierigkeiten und ist mit dem Erbrechtssystem des BGB ohne weiteres vereinbar. - Die Problematik beginnt mit dem Bestreben der Gesellschafter, die Mitgliedschaft von allen Erben des verstorbenen Gesellschafters fortsetzen zu lassen und steigert sich, wenn nur einer von mehreren Miterben zur Fortsetzung der Gesellschafterstellung in Betracht kommt.

---

aussetzungen eines Gesellschafters der OHG nur erfüllen, wenn jeder Miterbe den Gesellschaftsgläubigern ohne weiteres persönlich unbeschränkt haften würde. - Für Gesellschaftsverbindlichkeiten, die unter der Fa. der OHG eingegangen werden, tritt diese Haftung aber nur ein, wenn die Miterben beim Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes für die OHG selbst mitwirken oder auf Grund erteilter Vollmacht persönlich die volle Haftung übernehmen.

IV. Möglichkeiten einer erbrechtlichen Überwindung des Spannungsverhältnisses

1.) bei einer Fortsetzung der Mitgliedschaft durch alle Erben.

Zu erörtern wäre ein Erwerb der Mitgliedschaft einschließlich ihres Kapitalwertes durch die Gesamthand, während die Ausübung verselbständigter Mitgliedschaftsrechte den einzelnen Erben überlassen bliebe.

In Betracht kommt weiter eine Zuweisung der eigentlichen Mitgliedschaft an jeden Erben, der damit selbständiger Gesellschafter würde, während die kapitalmäßige Beteiligung den Erben zur gesamten Hand zustünde.

Als andere Möglichkeit muß die Zuweisung von Mitgliedschaft und Kapitalwert an jeden Erben als selbständigen Gesellschafter untersucht werden.

a) Zuweisung der Mitgliedschaft samt kapitalmäßiger Beteiligung an die Erbengemeinschaft, aber Ausübung der Mitgliedschaftsrechte durch jeden Erben.

Es ist in Erwägung gezogen worden[1)], die mangelnde Eignung der Erbengesamtheit für die Gesellschafterstellung in der OHG lediglich auf die Ausübung von Gesellschafterbefugnissen zu beziehen. Die Gesamthand könnte dann Mitglied werden, Ausübung der Rechte und Wahrnehmung der Pflichten eines Gesellschafters blieben den einzelnen Erben überlassen, die jeder für sich durch verselbständigte Mitgliedschaftsrechte an den Aufgaben der OHG mitwirken würden.

Bei dieser Rechtsgestaltung könnte es sich um ein offenes Treuhandverhältnis handeln, und zwar in der Form einer Ermöchtigung zur Ausübung eines Rechts bzw. der Rechte und Befug-

1) Siebert, GV und ErbR, 1958, S. 21.

nisse, die das Rechtsverhältnis der Mitgliedschaft gewährt[1].

Die einzelnen Erben würden auf Grund der ihnen eingeräumten Rechtsmacht mit einer gewissen Selbständigkeit und im eigenen Namen, aber - mindestens auch - im Interesse der Erbengesamtheit die aus der Gesellschafterstellung sich ergebenden Rechte und Pflichten wahrnehmen, während die Mitgliedschaft selbst weiterhin der Gesamthand zustünde und jeder Erbe in einer der gewährten Rechtsmacht entsprechenden Weise rechtlich gebunden wäre[2].
Die Erbengemeinschaft würde bei einer solchen Gestaltung in ihrer Rechtszuständigkeit nicht beschränkt; gleichwohl könnte jeder Erbe die aus der Gesellschafterstellung des Erblassers erwachsenden Rechte und Befugnisse selbständig im eigenen Namen geltend machen und ausüben. Diese Rechtsmacht begründet für jeden Erben eine konkurrierende Rechtszuständigkeit.

Die Institution des Treuhandverhältnisses hat im BGB keine ausdrückliche Regelung gefunden, sondern ist in Anknüpfung an historische Vorbilder[3] vom Rechtsverkehr ausgebildet worden[4].
Daraus folgt aber zugleich, daß man das Treuhandverhältnis immer nur als Ergebnis einer hierauf gerichteten rechtsgeschäftlichen Vereinbarung antrifft.
Die offene Treuhand wird in der Regel durch eine Ermächtigung zur Ausübung eines Rechtes des Treugebers im eigenen Namen (§§ 182 ff BGB) begründet[5]. Kraft Erbfolge entfaltet sie keine Rechtsgeltung.
Eine Gestaltung mit dem Ergebnis, daß die Erbengesamtheit die Mitgliedschaft erwirbt, die Mitgliedschaftsrechte jedoch durch jeden Erben ausgeübt werden, kann daher beim Ableben eines Gesellschafters nicht verwirklicht werden.

---

1) vgl. Enn.-Nipperdey, § 148 II 2, S. 926;
2) zum Begriff des Treuhandverhältnisses vgl. Enn.-Nipperdey, § 148 II; Staud.-Coing, Einl. zu § 104, Erl.60 ff (60 m); Siebert, "Treuhandverhältnis", S. 401 ff;
3) vgl. Siebert a.a.O., S. 34 ff; 44 ff;
4) vgl. Enn.-Nipperdey, § 148 II, S. 920;
5) vgl. Enn.-Nipperdey, § 204 I 3, S. 1234.

b) Zuweisung der persönlichen Mitgliedsstellung an jeden Miterben, der kapitalmäßigen Beteiligung an die Erbengemeinschaft.

Wenn die erbrechtliche Zuordnungsänderung des BGB die Gesellschafterstellung nicht als einheitliches Ganzes auf mehrere selbständig nebeneinanderstehende Erben überleiten kann, muß die Möglichkeit erörtert werden, zwischen der persönlichen Mitgliedsstellung und der kapitalmäßigen Beteiligung zu unterscheiden. Dann würde die eigentliche Mitgliedschaft außerhalb der gesamthänderischen Gebundenheit verbleiben, die wirtschaftliche Beteiligung müßte der Gesamthand zustehen.

Dieser Weg ist mehrfach erörtert und herausgestellt worden. Rechtsprechung und Schrifttum haben sich nicht nur vereinzelt zu der Ansicht bekannt, daß jeder Miterbe kraft Erbgangs selbständiger Gesellschafter werde, daß die Vermögensrechte jedoch, insbesondere die Ansprüche auf den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben, allen Erben als gesamthänderisch gebundenes Nachlaßvermögen zustünden. - Danach wird die Entstehung der Einzelmitgliedschaften "zufolge einer rechtlichen Sonderregelung des § 139 HGB"[1] als gesetzlicher Aufteilungsvorgang verstanden, der aber "freilich nicht weiter" gehen dürfe, "als es zur Durchführung des § 139 HGB notwendig" sei[2]. Jeder Miterbe sei daher bis zur Auseinandersetzung auf die Stellung eines Gesellschafters zu beschränken, der die übertragbaren Vermögensrechte abgetreten habe[3].

1) KG JW 1935, 1794;
2) KG DR 1942, 731 (732);
3) vgl. KG JW 35, 1794 f (1794); KG DR 42, 731 (732); Dür.-Hach. Fl. II 2 § 139 A 15; Michaelis ZAKDR 1943, 233/234; Hueck, OHG S. 266 A 20 mit dem Hinweis, die übertragbaren Vermögensrechte seien zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger erforderlich. - Kipp-Coing, ErbR, § 91 IV 4d S. 391: "Der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen wird Bestandteil des Nachlasses; er ist unter die Erben entsprechend ihren Erbanteilen aufzuteilen". - Hier dürfte nicht hinreichend unterschieden worden sein zwischen dem Anteil am Gesellschaftsvermögen und der kapitalmäßigen Beteiligung. Ersterer ist die vermögensrechtliche Qualität der personenrechtlichen Mitgliedsstellung - vgl. auch: Rehlinger, Diss., S. 52; - unentschieden: RG DR, 1228 (1229); ebenso KG DNotZ 55, 418 (421);

Wenn auf die übertragbaren Vermögensrechte einerseits, auf die übrigen sich aus der Gesellschafterstellung ergebenden Rechte - insbesondere Herrschafts- und Verwaltungsrechte - andererseits abgestellt wird, so ändert das nichts an der hier interessierenden Problematik. Sie bleibt dieselbe, auch wenn richtigerweise zwischen der personenrechtlichen Mitgliedstellung und der kapitalmäßigen Beteiligung unterschieden wird, wenngleich eine Gegenüberstellung ergäbe, daß die so betrachteten Rechtsbereiche nicht gleichartig sind: Die übertragbaren Vermögensrechte umfassen rechtlich und wirtschaftlich mehr als die kapitalmäßige Beteiligung, die rechtlich bereits vom Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben aufgezehrt wird.

Die getroffene Unterscheidung zwischen eigentlicher Mitgliedschaft und wirtschaftlicher Beteiligung sowie die unterschiedliche rechtliche Behandlung in der Frage der Zuordnungsänderung entspricht jedoch nicht den gesellschaftsvertraglichen Vorstellungen von einer erbrechtlichen Verfügungswirkung. Nach dem Willen der Gesellschafter soll jeder Erbe auch wirtschaftlich entsprechend seiner personenrechtlichen Mitgliedsstellung unmittelbar am Gesellschaftsvermögen beteiligt sein.

Die erbrechtliche Zuweisung der kapitalmäßigen Beteiligung des Erblassers an die Erbengemeinschaft in der rechtlichen Gestalt des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben würde die Erbengesamtheit wirtschaftlich zum Träger der Mitgliedsstellung in der OHG machen, während rechtlich jeder Miterbe selbständig Gesellschafter der OHG wäre. Die Erben hätten es in ihrer Gesamtheit in der Hand, in bestimmter Weise und unvorhersehbar für die übrigen Gesellschafter die wirtschaftliche Beteiligung des Erblassers in der OHG im Wege der Erbauseinandersetzung unter sich aufzuteilen. So würde das Bestreben der Gesellschafter

---

a.A.: Schlegelb.-Geßler, § 139 A 25; Liebisch, ZHKR Bd. 116, 128 (144); mit ausführlicher Begründung;
a.A. wohl auch: Weipert in RGRK, § 139 A 26; 27; Bartholomeyczik, ErbR, § 35 II 5, S. 211; BGHZ 22, 186 ff = NJW 57, 180 f (180).

durchkreuzt, die Nachfolgegestaltung durch Fortsetzung der Mitgliedsstellung übersichtlich und vom Willen der im Todesfall Beteiligten unabhängig zu machen.
Entscheidend ist zu beachten, daß die Mitgliedschaft als einheitlicher Rechtsgegenstand vom Erbrecht erfaßt wird und nicht als Summe von Rechten und Pflichten. Dann läßt sich erbrechtlich kaum begründen, daß ein einzelner aus der Mitgliedschaft sich ergebender Anspruch - nämlich auf das Auseinandersetzungsguthaben - [1] im Gegensatz zu der Mitgliedschaft als solcher der Erbengesamtheit zugewiesen werden soll, während im übrigen jeder Erbe für sich Gesellschafter würde.

Die verschiedenartige Behandlung im Hinblick auf die zuordnungsändernde Wirkung des Erbrechts kann auch nicht mit dem Hinweis auf die in § 717 Satz 2 BGB anerkannte rechtsgeschäftliche Übertragbarkeit des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben gerechtfertigt werden[2]. Daß ein aus der Gesellschafterstellung fließendes Recht frei verfügbar ist, gestattet noch keine Aufspaltung der Mitgliedschaft im Erbgang mit der Folge unterschiedlicher Verfügungswirkung. Es ist kein Grund ersichtlich, einen übertragbaren Anspruch im Sinne des § 717 Satz 2 BGB bei der Vererbung anders als die Mitgliedschaft selbst zu behandeln[3].

Es kann daher nicht zwischen der persönlichen Mitgliedsstellung und der kapitalmäßigen Beteiligung unterschieden werden. Diese Möglichkeit einer erbrechtlichen Verwirklichung ist weder mit der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsvorstellung noch mit dem Rechtscharakter der Mitgliedschaft zu vereinbaren.

---

1) Nach Auffassung der oben S. 115 dargestellten Meinung neben weiteren vermögensrechtlichen Ansprüchen;
2) vgl. die oben S.115 FN 3 Genannten;
3) zu diesem Ergebnis gelangt auch Liebisch, ZHKR Bd.116,128 (144) mit dem Hinweis auf die Sondergutseigenschaft der Mitgliedschaft.

c) Zuweisung der Mitgliedschaft samt kapitalmäßiger Beteiligung an jeden Miterben

Muß die Aufspaltung der Mitgliedschaft in eine persönliche Rechtsstellung und eine kapitalmäßige Beteiligung abgelehnt werden, so kann angesichts der wahren Struktur der Mitgliedschaft die zuordnungsändernde Wirkung des Erbrechts für jeden Erben nur einheitlich sein. Dann bleibt die Möglichkeit, daß der einzelne Erbe eine von dem verstorbenen Gesellschafter abgeleitete, aber selbständige und mit wirtschaftlicher Beteiligung ausgestattete Mitgliedsstellung in der OHG erwirbt.
Diese Wirkung entspräche im vollen Maße dem Gesellschafterwillen.

§ 139 HGB erkennt als Rechtsfolge an, daß mit dem Ableben des Gesellschafters jeder Erbe infolge des erbrechtlichen Vermögensanfalls unmittelbar und für sich Gesellschafter der OHG wird. Die Bestimmungen dieser Vorschrift sind nicht denkbar, ohne daß jeder Erbe die Mitgliedsstellung in der OHG kraft seiner Erbenqualität und unabhängig von den übrigen Miterben erwirbt.
§ 139 HGB geht auch davon aus, daß die Mitgliedschaft eines jeden Erben von vornherein mit einer anteiligen wirtschaftlichen Beteiligung ausgestattet ist: Jeder Erbe kann nach dieser Vorschrift sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. - Wird ein Erbe auf sein Begehren Kommanditist, muß der Betrag seiner wirtschaftlichen Beteiligung ziffernmäßig bestimmt werden. Die Höhe derselben richtet sich nach "dem auf ihn fallenden Teil der Einlage des Erblassers". Nach richtiger Ansicht ist für deren Berechnung der nominelle Kapitalanteil des Erblassers zur Zeit des Todes maßgebend; rückständige Einlagen sind zu berücksichtigen[1) 2)].

1) Die Frage ist im Schrifttum lebhaft umstritten. Man kann im wesentlichen folgende Ansichten unterscheiden: Die einen wollen von der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Einlage des Erblassers ausgehen, vgl. Weipert in RGRK zum HGB, § 139 Anm. 51; Staub § 139 Anm. 15; Lehmann-Ring § 139 Anm. 10;

- Werden nicht alle Erben Kommanditisten, so wird eine Auseinandersetzung aller Erben über den Kapitalanteil des Erblassers, die der Umwandlung des auf den jeweiligen Erben entfallenden Teils der wirtschaftlichen Beteiligung in die Kommanditeinlage vorausginge, weder nach § 139 HGB noch nach anderen Vorschriften vorausgesetzt oder gefordert.

Andere berücksichtigen Erhöhungen der ursprünglichen Einlage, Dür.-Hach.-Fl. II 2 § 139 Anm. 19; Lehmann, Ges.R. S. 143; eine dritte Meinung vergleicht den Kapitalanteil mit der ursprünglichen Einlage und entscheidet sich für den jeweils höheren Wert, Schlegelberger-Geßler § 139, Anm. 45. Ein weiterer Weg soll dahin führen, daß der wirkliche Wert der Mitgliedschaft unter Auflösung aller Rücklagen zugrundegelegt wird; Patzschke in ZHR Bd. 113 S. 1; - Im Vordringen begriffen ist die Ansicht, die das Kapitalkonto des Erblassers zur Zeit seines Todes unter Einbeziehung der noch rückständigen Einlage zur Berechnungsgrundlage wählt. - So Hueck, OHG, § 28 III 3; Sudhoff, NJW 58, S.401 ff; ders., G.V., S. 244; Lamers, MDR 60, 888 (889/890); Liebisch, ZHKR 116, 128 (168);

2) Es entspricht dem Sinn und Zweck des § 139 HGB, daß die Rechtsstellung der Beteiligten ohne nachteilige Abänderungen bleibt. Die Gesellschafterstellung des Verstorbenen soll kapitalmäßig keine Veränderung erfahren, auch wenn die nachrückenden Erben nach § 139 HGB Kommanditisten werden. Der Gesellschaft soll der Vermögenswert der Mitgliedschaft erhalten, die Erben aber vor unbeschränkter Gesellschafterhaftung und Geschäftsführungspflicht bewahrt bleiben. Die Gesellschaft darf kapitalmäßig auch nicht besser gestellt werden. Der Erbe braucht aus seinem Privatvermögen nicht zuzuzahlen. - vgl. Hueck, OHG, § 28 III 3;
Ginge man von der ursprünglich vereinbarten Einlage aus, müßte ein höherer Kapitalanteil herabgesetzt und der Überschuß ausgezahlt werden. Ist der Kapitalanteil des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes niedriger als die ursprüngliche Einlage, so hätten die Erben zuzuzahlen. Bei dieser Rechtslage würde man der ursprünglichen Einlage für die Höhe und Berechnung der Kommanditeinlage eine gegenüber späteren Einlagen des Erblassers nicht zu rechtfertigende Vorzugsstellung einräumen. - vgl. Sudhoff NJW 60, 401 (402); die ursprüngliche Einlage nimmt gleichfalls eine Sonderstellung ein, wenn sie die "Einlage des Erblassers" i.S. des § 139 HGB für den Fall sein soll, daß der Kapitalanteil die Einlageverpflichtung nicht erreicht.
Bei einer Berücksichtigung der offenen und stillen Rücklagen wird abgesehen von den Schwierigkeiten einer Neubewertung übersehen, daß den Erben der volle Wert der Erblasser-Gesellschafterstellung auch dann zufließt, wenn der nominelle Kapitalanteil in die Kommanditeinlage umgewandelt wird. - Eine Neubewertung der ererbten Kapitalanteile würde auch zu einer völligen Veränderung der bestehenden Kapitalverhältnisse führen. - vgl. Sudhoff, a.a.O.403; Dagegen führt die Zugrundelegung des aktiven Kapitalanteils unter Beachtung rückständiger Einlagen bei der Feststellung der Kommanditeinlage zu sachgerechten Ergebnissen.-vgl.hierzu Sudhoff a.a.O., 403/404; Hueck a.a.O.; Lammers a.a.O.

Das ist nur zu erklären, wenn die vermögensmäßige Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters im Erbfall nicht in den gesamthänderisch gebundenen Nachlaß gelangt, vielmehr jede Mitgliedschaft von vornherein mit einer anteilmäßigen Kapitalbeteiligung ausgestattet worden ist.[1)]

Der Erwerb der Mitgliedschaft samt anteiliger Kapitalausstattung durch jeden Erben ist damit noch nicht erklärt. Vorerst ist nur eine negative Abgrenzung erlaubt: Mit der Gesamterbfolge des BGB und dem Grundsatz gesamthänderischer Bindung aller Nachlaßgüter kann der selbständige Erwerb der Mitgliedschaft nicht in Einklang gebracht und damit nicht begründet werden.

Daraus folgert der BGH[2)], daß "zugunsten der zugelassenen Vererblichkeit des Gesellschaftsanteils die allgemein gefaßte erbrechtliche Regelung einer Gesamtnachfolge in Form der Erbengemeinschaft zurücktreten muß"[3)]. Hierfür verweist der BGH lediglich auf die "Besonderheiten des gesellschaftsrechtlichen Verhältnisses, die nur eine Sondernachfolge der einzelnen Miterben in den geteilten Gesellschaftsanteil ihres Erblassers" zuließen. Demgemäß soll "bei mehreren Miterben hinsichtlich des Gesellschaftsanteils des Verstorbenen von vornherein eine Sonderrechtsnachfolge" eintreten[4)].
Die Charakterisierung der auch durch § 139 HGB anerkannten Rechtswirkung, daß jeder Miterbe im Erbfall automatisch Gesellschafter wird, als Sonderrechtsnachfolge sowie der Hinweis auf die gesellschaftsrechtlich gebotenen Notwendigkeiten sind zwar für sich betrachtet zutreffend, stellen aber noch keine rechtstechnische Erklärung dar.

---

1) so im Ergebnis auch Schlegelb.-Geßler, § 139 A 25: Der Kapitalanteil des Erblassers zerfällt in der Zahl der Erben entsprechende Teile.
2) BGHZ 22, 186 ff = NJW 57, 180 f (180);
3) zustimmend Hueck, JZ 57, 222 (223);
4) Durch diese Rechtsprechung wird nach Rokas S. 67 - unter Berufung auf Larenz, Methodenlehre, S. 283/284 - eine verdeckte Gesetzeslücke ausgefüllt und damit geltendes Recht geschaffen.

Nach Siebert[1] muß die Mitgliedschaft Gegenstand einer Sondererbfolge sein. Wenn die Miterben im Zeitpunkt des Erbfalls als Einzelgesellschafter mit eigenem Kapitalanteil und selbständigen Verwaltungsrechten in die Gesellschaft einrücken, so ist nach Meinung Sieberts hier bereits eine Sondererbfolge zugelassen[2]. Es fehle jedoch eine ausdrückliche positiv-rechtliche Grundlage[3] und es sei zweifelhaft, ob "diese erbrechtliche Sonderbehandlung der Mitgliedschaft in der OHG bereits als geltendes Recht angesehen werden" könne[4].

aa) Begründung aus dem "Sondergutscharakter" der Mitgliedschaft?

Nach Liebisch[5] erklärt sich die erbrechtlich bewirkte Fortsetzung der Gesellschafterstellung durch jeden Erben aus der Sondergutseigenschaft der Mitgliedschaft in der OHG. Es heißt, die gesellschaftliche Beteiligung nehme innerhalb des Gesamtvermögens des Gesellschafters eine Sonderstellung ein: Die Mitgliedschaft stelle wegen ihres personenrechtlichen Gehalts nicht lediglich ein Vermögensobjekt dar[6]. Die vermögensrechtlichen und personenrechtlichen Bestandteile seien zu einer festgeschlossenen Einheit zusammengefügt[7]. Durch diese Einheit und die Bindung der Mitgliedschaft an die Gesellschaft werde der Sondergutscharakter begründet[8]. Wegen dieser Eigenschaft könne die Gesellschafterstellung nicht den für die Erbengemeinschaft geltenden Normen unterworfen sein[9].

Der Hinweis auf das komplexe, doch festgeschlossene Gebilde der Mitgliedschaft bringt jedoch lediglich zum Ausdruck,

---

1) GV und ErbR, 1954, S. 24;
2) vgl. Siebert NJW 55, 809 (811);
3) vgl. Siebert BB 57, 18 (19);
4) Siebert, GV und ErbR, 1954, S. 25;
5) ZHKR Bd. 116, 128 (135 ff)
6) a.a.O., 137;
7) a.a.O., S. 135;
8) a.a.O., S. 137;
9) zustimmend Staud.-Boehmer, § 1922 A 162.

daß diese ihrer Struktur nach mehr ist als die Summe von Rechten und Pflichten, die sie dem Gesellschafter gewährt. Eine gesetzlich normierte Sonderbehandlung im Vergleich zu den übrigen Vermögensgütern des Gesellschafters ist damit noch nicht dargetan.

Man könnte erwägen, den besonderen, im Vergleich zu anderen Vermögengütern unterschiedlichen Rechtscharakter der Mitgliedschaft darin zu sehen, daß ihre Veräußerung als Ganzes[1] - wenn sie überhaupt möglich ist - von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängt. Die Vererblichkeit der Gesellschafterstellung setzt ebenfalls eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Disposition der Gesellschafter voraus[2].
Die besonderen Bestimmungen über die rechtliche Behandlung der Gesellschafterstellung in der Zwangsvollstreckung dürfte ebenfalls nicht unberücksichtigt bleiben: Will ein Gläubiger des Gesellschafters auf die Mitgliedschaft als Vermögensobjekt Zugriff nehmen, so gewährt die Pfändung des Anteils am Gesellschaftsvermögen (§§ 725 BGB, 859 ZPO, 105 II HGB) oder des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben (§§ 717 Satz II BGB, 105 II HGB) noch keine Möglichkeit einer hinreichenden Befriedigung. Auf Grund der Pfändung des Anteils am Gesellschaftsvermögen kann sich der Gläubiger nur an den der Pfändung unterworfenen Gewinnanteil (§ 717 Satz 2 BGB) halten. Im übrigen stehen ihm die Rechte des Gesellschafters nicht zu.(§§ 725 II BGB; 105 HGB). - Das Gesetz gewährt allerdings unter bestimmten Voraussetzungen (§ 135 HGB) ein Recht auf Kündigung der OHG. Auf diese Weise wird dem Gläubiger der Zugriff auf das gebundene Gesellschaftsvermögen eröffnet.

Die vollstreckungsrechtliche Sonderbehandlung der Mitgliedschaft folgt notwendig aus dem Strukturprinzip der gesamthänderischen Bindung des Gesellschaftsvermögens; dieses ist zugunsten der Gesamtheit der Gesellschafter während des

1) vgl. unten S. 157 ff;
2) vgl. oben S. 101/102;

Bestehens der Gesellschaft dem Zugriff eines Privatgläubigers entzogen.
Die Regelung der Zwangsvollstreckung in den Vermögenswert der Mitgliedschaft rechtfertigt aber keine Sonderbehandlung der Gesellschafterstellung als Gegenstand der Erbfolge.

Daß die übrigen Gesellschafter zu einer Ablösung der Mitgliedschaft von ihrem bisherigen Rechtsträger und der Überleitung auf ein neues Rechtssubjekt ihre Zustimmung erteilen müssen, ergibt sich aus dem personenbezogenen Charakter der OHG. Liegt das Einverständnis der Gesellschafter vor, kann die Mitgliedschaft wie andere Vermögensgüter vererbt werden; aus dem Zustimmungserfordernis folgt jedenfalls nicht, daß die Mitgliedschaft im Erbgang ein gesondertes Rechtsschicksal erfahren muß.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Weder das personenrechtliche Element der Mitgliedschaft noch ihre Qualität als einheitlicher Rechtsgegenstand vermögen für sich betrachtet bereits ein erbrechtliches Sonderdasein der Mitgliedschaft zu begründen. Sie zwingen auch nicht zu der Annahme, die Gesellschafterstellung zeige im Gesamtvermögen den Charakter eines Sondergutes. Insoweit kann die Meinung von Liebisch nicht gebilligt werden.
Zwar enthält das Gesellschaftsrecht Bestimmungen, die von anderen Vorschriften über den Rechtsverkehr mit Vermögensgütern abweichen; hieraus ergibt sich jedoch nichts für eine Sonderstellung der Mitgliedschaft im Erbgang, aus der sich die Fortsetzung der Gesellschafterstellung "durch jeden einzelnen Erben in Person"[1] ergäbe.

bb) Begründung aus einer Analyse der Gesamtregelung des § 139 HGB

Indessen muß geprüft werden, ob der individualbezogene Erwerb der Mitgliedschaft beim Vorhandensein mehrerer Erben sich nicht aus einer Analyse der Gesamtregelung des § 139 HGB er-

1) Liebisch, a.a.O. S. 139.

klären läßt.

Die Vorschrift des § 139 HGB steht im inneren Zusammenhang mit § 131 Ziff. 4 HGB. Mit dem Wortlaut "sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt" wird der Gesellschaftergemeinschaft eine umfassende Gestaltungsbefugnis eingeräumt. Im Gesellschaftsvertrage kann daher bestimmt werden, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgeführt werden soll. - An diese Vereinbarung knüpft § 139 HGB an und geht davon aus, daß jeder Erbe kraft seiner Erbenqualität Gesellschafter der OHG geworden ist.
Die insbesondere mit der unbeschränkten persönlichen Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten verbundene Gefahr braucht der einzelne Erbe nicht auf sich zu nehmen. Er ist andererseits nicht gezwungen, neben der Beteiligung an der OHG auf die ganze Erbschaft zu verzichten. Jeder Erbe kann daher sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird (§ 139 I HGB).
Die anderen Gesellschafter brauchen sich indessen hierauf nicht einzulassen, denn andernfalls müßten sie auf jeden Fall die unbeschränkte persönliche Haftung und die Geschäftsführung allein übernehmen, obwohl die Erben nach wie vor als Gesellschafter am Unternehmen, nunmehr als Kommanditisten, beteiligt wären. Das könnte für die übrigen Gesellschafter eine nicht zu billigende Härte bedeuten. Diese sind daher nicht verpflichtet, dem Verlangen eines Erben auf Einräumung der Kommanditistenstellung zu entsprechen. - Lehnen sie den Antrag ab, hat der betroffene Erbe ein weiteres Wahlrecht: er kann offener Handelsgesellschafter bleiben; er ist aber auch befugt, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sein Ausscheiden aus der Gesellschaft zu erklären (§ 139 II HGB).[1)]

Jeder Erbe verfügt über diese ihm durch § 139 HGB eingeräumte Rechte. Er macht sie selbständig und unabhängig von der

1) dagegen können die übrigen Gesellschafter den Erben nicht wider seinen Willen aus der Gesellschaft drängen.

Entscheidung der anderen Miterben geltend. Während der eine den übrigen Gesellschaftern erklärt, er wolle vollhaftender Gesellschafter bleiben, oder einfach die Dreimonatsfrist für die Ausübung der Rechte (§ 139 III HGB) ungenutzt verstreichen läßt, kann der andere Erbe die Einräumung der Kommanditistenstellung beantragen. Ein Dritter ist berechtigt, sein Ausscheiden zu erklären, nachdem die übrigen Gesellschafter es abgelehnt haben, ihm die Rechtsstellung eines Kommanditisten zu gewähren; aber er ist nicht genötigt, dies zu tun. Er braucht sich nicht mit einem Geldbetrage abfinden zu lassen, sondern kann stattdessen Gesellschafter der OHG bleiben.

Auf diese Weise wird jedem Erben eine selbständige Rechtsstellung zuteil, die nach der allgemeinen erbrechtlichen Regelung des BGB nicht denkbar wäre.

Der Ausbau einer selbständigen Erbenstellung durch Normierung einer vom Zwang der Erbschaftsausschlagung unabhängigen Verzichtsbefugnis findet sich - wie oben dargestellt[1] - auch im Heimstätten- und Höferecht. Der vom Erblasser durch Verfügung von Todes wegen berufene Erbe kann nach § 28 AVO zum RHG auf die Heimstättenfolge verzichten, ohne zugleich die Erbschaft ausschlagen zu müssen. Auch das Hofeigentum kann gesondert und ohne Wirkung für den sonstigen Nachlaß ausgeschlagen werden (§ 11 HO). - Die Verzichtsbefugnis in § 139 HGB ist lediglich mit Rücksicht auf die Interessen der übrigen Gesellschafter modifiziert: Die OHG soll nicht übereilig Abfindungsforderungen ausgesetzt werden, die das Geschäftskapital empfindlich schwächen könnten. Falls jedoch die übrigen Gesellschafter den Antrag auf Einräumung der Kommanditistenstellung abgelehnt haben, ist es ihnen selbst zuzuschreiben, wenn die Gesellschaft nunmehr mit der Auszahlung der Abfindungsforderung belastet wird.

Das Recht zum Ausscheiden aus der OHG und damit zum Verzicht auf die Rechtsstellung als Gesellschafter weist auch insoweit einen Unterschied zur gesonderten Ausschlagung der Heimstätte und des Hofeigentums auf, als die OHG-Beteiligung

---

1) vgl. oben S. 110;

nicht ersatzlos aus dem Vermögen des Erben ausscheidet. An ihre Stelle tritt vielmehr der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Dieser braucht aber wirtschaftlich durchaus nicht mit dem Wert der Mitgliedschaft in der OHG identisch zu sein; rechtlich betrachtet tritt in der Person des ausscheidenden Erben immer ein Rechtsverlust ein.

Es bleibt die Vergleichbarkeit der Regelung des § 139 HGB mit den entsprechenden Vorschriften des Heimstätten- und Höferechts in dem entscheidenden Punkt, daß dem Erben unabhängig von den Bestimmungen des Erbrechts des BGB eine Rechtsstellung eingeräumt ist, die es ihm gestattet, das rechtliche Schicksal eines Teils des ihm erbrechtlich angefallenen Vermögens unterschiedlich vom übrigen Nachlaß zu gestalten.

Das legt die Erwägung nahe, ob es sich nicht in § 139 HGB um einen weiteren Fall der von der allgemeinen Erbregelung abweichenden Sondererbgestaltung handelt.
Zwar enthält diese Vorschrift keine eigene Erbfolgeordnung wie das Höferecht; der Gesellschafter der OHG wird auch nicht wie der Heimstättenfolger im Wege einer besonderen Berufungsregelung aus dem Kreise aller Erben bestimmt. Die Frage, wer als Erbe Gesellschafter der OHG wird, regelt sich vielmehr nach der Erbenqualität, wie sie sich auf Grund der allgemeinen Erbfolgeordnung des BGB ergibt.

Auch eine Beschneidung der Testierbefugnis des Erblassers ist der Regelung des § 139 HGB fremd. - Der Zweckgedanke, den diese Vorschrift zur Geltung bringt und verwirklicht, ist ein völlig anderer als im Höfe- und Heimstättenrecht. Dort geht es um die Erhaltung des Hofes - möglichst als in der Familie belassener Besitz - durch Verhinderung einer Aufteilung in unwirtschaftliche Einheiten; oder um den Schutz der Heimstätte als einer Rechtsform, die Menschen mit dem Grund und Boden durch verbleibendes, den Generationenwechsel überdauerndes Eigentum verbinden soll.
Zwar hat das Gesetz durch die in § 131 Ziff. 4 HGB den Gesellschaftern überlassene Gestaltungsfreiheit auch einen

Schutzgedanken zum Ausdruck gebracht: Die Gesellschafter werden durch diese Vorschrift in die Lage versetzt, die Mitgliedschaft in der OHG auch über den Tod des jeweiligen Inhabers hinaus unverändert zu erhalten, indem ein neuer Gesellschafter unmittelbar an die Stelle des Verstorbenen tritt. - § 139 HGB bezweckt aber nicht den Schutz und die Erhaltung der Mitgliedschaft über den Tod des Erblasser-Gesellschafters hinaus; erst recht ist der Gedanke einer Familienbindung fremd. Die positive Regelung dieser Vorschrift knüpft vielmehr an einen Zustand an, der durch den erbrechtlichen Übergang der Mitgliedschaft auf die Erben des verstorbenen Gesellschafters entstanden ist. Die sich hieraus ergebenden Interessen der Beteiligten bedurften einer ausgleichenden Regelung. - Deshalb ist für verschiedene Gestaltungsmittel, welche die Sondererbgestaltung des Höfe- und Heimstättenrechts kennzeichnen und charakterisieren, kein Raum[1].

Die erbrechtlich erworbene Mitgliedschaft eines jeden Erben nimmt aber gegenüber den übrigen durch erbrechtlichen Vermögensanfall erlangten Rechtsgütern eine haftungsrechtliche Sonderstellung ein. - Da der einzelne Erbe mit dem Erbfall unmittelbar Gesellschafter der OHG geworden ist, muß er - im Falle der Beibehaltung dieser Rechtsstellung - für die bestehenden und künftigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich und unbeschränkt haften.(§§ 128,130 HGB). Der Gegenschluß aus § 139 IV HGB ergibt, daß eine Berufung auf die beschränkte Erbenhaftung hinsichtlich der vor dem Erbfall entstandenen Gesellschaftsschulden nicht möglich

1) Hinsichtlich der Testierbefugnis des Erblassers bedarf es allerdings einer Anmerkung: Die gesellschaftsvertraglich gedeckte Anordnung des Erblassers, die Mitgliedschaft in der OHG solle allen Erben in gesamthänderischer Gebundenheit zustehen, könnte rechtlich nicht zum Ziele führen. Zunächst nicht, weil die Erbengemeinschaft aus haftungsrechtlichen Gründen als Gesellschafter der OHG nicht in Betracht kommt; zum anderen würde diese Anordnung an § 139 HGB scheitern, der zu erkennen gibt, daß die Erbengesamtheit als Gesellschafterin nicht zugelassen ist. - Insoweit ergibt sich mittelbar doch eine Einschränkung der Testierbefugnis.

ist[1].

Für einen Teil der Verbindlichkeiten des Erblassers, nämlich soweit diese an die Zugehörigkeit zur OHG anknüpfen, gelten damit im Erbfall besondere Vorschriften; die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Gesellschaftsschulden, für die der Erblasser gemäß § 128 HGB persönlich und unbeschränkt haftet, folgen nicht der allgemeinen, die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Regelung des BGB, sondern unterliegen einem rechtlichen Sonderschicksal[2].

Die Haftungsregelung verfolgt allerdings im Vergleich zu den entsprechenden Vorschriften des Heimstätten- und Höferechts eine entgegengesetzte Tendenz. - Das RHG gewährt unmittelbaren Schutz vor dem haftungsrechtlichen Zugriff der Nachlaßgläubiger. Die HO nimmt zwar das Hofeigentum als Vollstrekkungsobjekt für die Nachlaßgläubiger nicht aus, erreicht aber eine mittelbare Enthaftung des Hofes durch eine entsprechende Regelung des internen Abwicklungsverhältnisses[3].
Dagegen haftet der einzelne Erbe, der Gesellschafter geworden ist, für die aus der Zugehörigkeit des Erblassers zur OHG herrührenden Schulden verschärft.

---

1) vgl. Schlegelb.-Geßler, § 139 A 56; Weipert in RGRK § 139 A 22; Hueck, OHG, § 28 V 1; Glaser DB 56, 933 f (933); - a.A.: Gierke, Festg.f.Wieland, S. 112 ff; Liebisch, ZHKR 116, 128 (153); - Die Gegenmeinung nimmt an, der als vollhaftender Gesellschafter in der OHG verbleibende Erbe hafte für die bestehenden Schulden der OHG lediglich nach erbrechtl. Grundsätzen; das gebiete die Interessenlage, da den Altgläubigern bisher auch nur das Vermögen des Erblassers zur Verfügung gestanden habe. - Dieser Meinung steht der Wortlaut des § 139 IV HGB entgegen sowie der Grundsatz des § 130 HGB: Hiernach haften im Interesse der Klarheit der Verhältnisse neue vollhaftende Gesellschafter für alle alten Schulden, obwohl die Lage der Altgläubiger verbessert wird. - vgl. auch Eiselt, AcP 158, 319 (324 FN 19);

2) Der einzelne Erbe soll dagegen nicht unbeschränkt haften, wenn er nicht Gesellschafter der OHG bleibt. § 139 IV HGB bestimmt daher, daß der Erbe, der innerhalb der Dreimonatsfrist aus der OHG ausscheidet oder die Stellung eines Kommanditisten erlangt, für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des BGB haftet. Dasselbe gilt, wenn innerhalb der Dreimonatsfrist die OHG aufgelöst wird. - Der Kreis der Nachlaßschulden des § 1967 BGB wird durch diese Regelung für die in der Zwischenzeit - zwischen Erbfall und den genannten Ereignissen - entstandenen Gesellschaftsschulden erweitert.

3) vgl. § 20 I RHG; § 15 II HO.

- Das Gemeinsame sowohl der durch § 139 HGB bestätigten Haftungsregelung als auch der jeweiligen im Heimstätten- und Höferecht liegt jedoch darin, daß immer ein von der Erbfolge des BGB abweichendes Ergebnis der Zuordnungsänderung Voraussetzung der haftungsmäßigen Sonderbehandlung ist und eine solche notwendig werden läßt.
Die Haftungsbestimmungen des HGB setzen voraus, daß die Mitgliedsstellung des Erblassers entgegen der einheitlichen zuordnungsändernden Wirkung der Gesamterbfolge des BGB und im Widerspruch zu dem Grundsatz der gesamthänderischen Bindung aller Nachlaßgüter den Weg einer gesonderten Zuordnungsänderung gegangen ist.
Die Mitgliedschaft muß nach einer Abspaltung von den übrigen Rechtsgütern des Erblassers durch den erbrechtlichen Vermögensanfall in die unmittelbare Alleinzuständigkeit eines jeden Erben gelangt sein.
Auf der gesonderten Zuordnungsänderung beruht auch - ebenfalls wie im Heimstätten- und Höferecht - das durch § 139 HGB verliehene Recht des einzelnen Erben, das Schicksal eines Teils des ihm erbrechtlich angefallenen Vermögens, nämlich der Mitgliedschaft, unterschiedlich von den übrigen im Wege der Erbfolge erworbenen Rechtsgütern zu gestalten.

Das legt die Annahme nahe, daß es sich auch in § 139 HGB um die Gestaltung einer Sondererbfolge handelt.
Mittel der Gestaltung ist nach der positiven Regelung dieser Vorschrift zunächst die Gewährung einer auf die erbrechtlich erworbene Gesellschafterstellung bezogene Rechtsmacht. Diese ermöglicht jedem Erben, das rechtliche Schicksal der Mitgliedschaft als eines Teils des ihm erbrechtlich angefallenen Vermögens unabhängig von den übrigen Erben und unterschiedlich vom übrigen Nachlaß gesondert zu bestimmen.

Hinzu tritt eine haftungsrechtliche Sonderbehandlung der Mitgliedschaft. Die mit dem Übergang der Gesellschafterstellung auf den einzelnen Erben verbundene persönliche Haftung für die bestehenden Gesellschaftsschulden ist aus der allgemeinen, die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Regelung des BGB ausgenommen und einer rechtlichen Sonderregelung unterworfen.

Diese Gestaltungsmittel bauen auf einer gesonderten Zuordnungsänderung auf. Die Mitgliedschaft wird im Erbfall vom übrigen Vermögen des Erblassers abgespalten und entgegen der zuordnungsändernden Wirkung der Gesamterbfolge des bürgerlichen Rechts jedem Erben selbständig und für sich zugewiesen.

Daß sich die Mitgliedschaft rechtlich getrennt vom übrigen Vermögen des Erblassers auf jeden Erben selbständig vererbt, ordnet § 139 HGB zwar nicht ausdrücklich an. Das steht im Gegensatz zu den entsprechenden Vorschriften des Höfe- und Heimstättenrechts, auch des Mietrechts: Die Sondernachfolge in die der erbrechtlichen Ausnahmeregelung unterliegenden Vermögensgüter des Erblassers wird jeweils im Gesetz ausgesprochen.
§ 139 HGB knüpft jedoch an die gesonderte Zuordnungsänderung an und bezieht sie auf diese Weise als weiteres Gestaltungsmittel in die gesetzliche Regelung ein. Daß die Mitgliedschaft einer vom Erbrecht des BGB abweichenden Zuordnungsänderung unterliegt, ist damit rechtlich anerkannt und erscheint als Teilausschnitt einer Sondererbgestaltung, die lediglich eine selbständige Gestaltungsmacht der Sondererben und das besondere haftungsrechtliche Schicksal des zugewiesenen Rechtsgutes ausdrücklich im Gesetz regelt[1) 2) 3)].

Zusammenfassung

Der individual-bezogene Erwerb der Gesellschafterstellung kann aus dem sogenannten Sondergutscharakter der Mitgliedschaft nicht überzeugend erklärt werden.

---

1) vgl. auch Bartholomeyczik, ErbR, § 35 II 5, S. 211, der von einer "Sondererbfolge in die Beteiligung des persönlich haftenden Gesellschafters einer OHG ...., § 139 HGB" spricht. - vgl. auch Zunft, NJW 57, 1129 (1131): "Die Möglichkeit der Sondererbfolge bezüglich des Gesellschaftsanteils ist aus § 139 HGB zu entnehmen". - vgl. weiter Kipp-Coing, ErbR, 1960, § 91 IV, S. 390: "§ 139 HGB verdrängt die Bestimmungen des Erbrechts über die Erbengemeinschaft"; vgl. auch Kipp-Coing, 1965, § 91 IV 8 c, S. 402 sowie bereits G. und D. Reinike, NJW 1957, 561 (563/564);
2) Die hier vertretene Meinung führt über die Ausführungen Sieberts hinaus. Dieser nennt zwar die Sondererbfolge eine "folgerichtige weitere Anpassung des Erbrechts an die gesellschaftsrechtlichen Notwendigkeiten" (BB 57, 18 (19)), es erscheint ihm jedoch zweifelhaft, ob "diese erbrechtliche Sonderbehandlung der Mitgliedschaft in der OHG bereits als geltendes Recht angesehen werden" könne (GV u.ErbR,1954,S.25);
3) Einen neuen dogmatischen Ansatzpunkt sieht Wiedemann, S. 205,

Daß jeder Erbe mit dem Ableben des Gesellschafters automatisch Mitglied der OHG wird - und zwar kraft der Erbenqualität -, wird von § 139 HGB nicht nur als Rechtsfolge anerkannt. Eine Analyse der Gesamtregelung dieser Vorschrift führt zu einem rechtskonstruktiven Ergebnis:
Es handelt sich um den weiteren Fall einer außerhalb des BGB anzutreffenden Sondererbgestaltung; die Vorschrift bringt typische Gestaltungsmittel einer Sondererbfolge zur Geltung. Sie begreift mittelbar die gesonderte Zuordnungsänderung als den grundlegenden Teilausschnitt einer jeden Sondererbgestaltung in ihre Regelung ein.

cc) Maßstab der quantitativen Zuweisung

Bisher ist die Frage offen geblieben, nach welchem quantitativen Maßstab sich die Rechts- und Herrschaftsbereiche der einzelnen Miterben bestimmen. Die wirtschaftliche Beteiligung des Erblassers am Gesellschaftsvermögen in der für die Zuordnungsänderung wesentlichen Form eines Anspruchs auf das Auseinandersetzungs- bzw. Abschichtungsguthaben

---

in dem Hinweis auf das eheliche Sondergut in § 1417 BGB und damit auf die Analogie zur Gütergemeinschaft. Er empfiehlt, diese gesetzliche Ordnung ins Erbrecht zu übernehmen. Die Mitgliedschaft gehöre zum erbrechtlichen Sondergut des Bedachten. Jeder der Miterben verfüge neben dem Gesamtgut der Erbengemeinschaft über ein Sondergut, gebildet aus Rechten, die zwar vererblich seien, aber den Miterben in ihrer Verbundenheit nicht zustehen könnten.

In der Auffassung, auf diese Weise lasse sich die unmittelbare dingliche Zuordnung auf jeden Erben erklären, ohne daß die allgemeine bürgerlich-rechtliche Nachlaßregelung durchbrochen würde, kann Wiedemann jedoch nicht gefolgt werden. Das Erbrecht des BGB kennt kein Sondergut, das selbständig neben dem übrigen Vermögen des Erblassers vererbt wird.

Auch der Ansatzpunkt des ehelichen Sondergutes selbst stimmt bedenklich. Damit sind jene nicht übertragbaren Rechte gemeint, die nicht an der Universalsukzession teilnehmen und daher bei jedem Ehegatten gesondert verbleiben. Eine Zuordnungsänderung findet nicht statt. - Im Gegensatz dazu geht jedoch die Gesellschafterstellung des Erblassers auf jeden Miterben über, hier liegt die Problematik gerade darin, eine tatsächlich stattfindende Zuordnungsänderung zu erklären.

wird ebenso wie andere bezifferbare Rechte im Erbgang den Miterben unmittelbar geteilt zugewiesen. Dasselbe gilt für den Kapitalanteil als quantitative Bestimmungsgröße. In welchem quotenmäßigen Verhältnis die Zuweisung erfolgt, ist noch nicht beantwortet. Damit stellt sich die Frage nach dem Teilungsmaßstab.

Als Bestimmungsfaktor, nach dem sich der Umfang der quantitativen Zuweisung richtet, wird in Rechtsprechung und Schrifttum nahezu einstimmig der Erbanteil bzw. die quotenmäßige Beteiligung des einzelnen Erben am Nachlaß genannt[1].

Als Gegenstand der Teilung gilt vereinzelt der Gesellschaftsanteil oder die Gesellschafterstellung schlechthin[2].

Die differenzierende Beurteilung der meisten Autoren gelangt jedoch zu dem Ergebnis, daß Kapitalanteil sowie Gewinn- und Verlustanteil des Erblassers sich auf die Erben nach Maßgabe ihrer Erbquoten verteilen[3] 4) 5).

---

1) vgl. die in den nachfolgenden FN 2) und 3) Genannten;

2) vgl. BGHZ 22, 186 ff = NJW 57, 180 f (180): Der BGH ist der Ansicht, "daß mehrere Miterben den Gesellschaftsanteil entsprechend ihrer Beteiligung am Nachlaß unmittelbar geteilt erwerben". - Auch Eiselt, AcP 158, 319 (326) spricht von einer "Aufteilung des Gesellschaftsanteils gemäß § 752 BGB auf die Miterben im Verhältnis ihrer Erbquoten". (allerdings im Wege einer Teilauseinandersetzung der Erben, die sich kraft Gesetzes vollziehe, wenn ein Miterbe nach § 139 HGB die Einräumung der Kommanditistenstellung verlange.) vgl. auch Michaelis, ZAKDR 43, 233;

3) Schlegelb.-Geßler § 139 A 25; Hueck, OHG § 28 II 2; Weipert in RGRK § 139 A 26/27; Baumbach-Duden, 1961, § 139 A 2; Würdinger, Gesellschaften I, S. 135; Sudhoff, GV, S. 240; Dür.-Hach.-Fl. II 2 § 139 A 15; Bartholomeyczik, § 35 II 5; S. 221; Erman-Bartholomeyczik, Vorb. 3 b zu § 2032; Dietrich DR 43, 304; KG DR 42, 731 (732); G. u.D. Reinicke, NJW 57, 561 (563);

4) vgl. hierzu die abweichende, aber abzulehnende Meinung von Kipp-Coing, 1960, § 91 IV 4, S. 391: Der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen werde Bestandteil des gesamthänderisch gebundenen Nachlasses und sei unter die Erben entsprechend ihren Erbanteilen aufzuteilen.

5) Dieses Ergebnis wird auch dann bejaht, wenn im übrigen darauf hingewiesen wird, daß die übertragbaren Rechte - der Anspruch auf Gewinn und das Auseinandersetzungsguthaben - als gemeinsames Nachlaßvermögen der gesamthänderischen Bindung aller Erben unterliegen. - vgl. Hueck, OHG, § 28 II 2; KG DR 42, 731 (732); Dür.-Hach.-Fl. II 2, § 139 A 15.

- Der vereinzelten Ansicht, die Erbquote komme nur subsidiär - wenn andere Bestimmungen fehlen - als Teilungsmaßstab in Betracht[1], steht überwiegend die Überzeugung gegenüber, daß nur das Verhältnis der Erbanteile die quantitative Zuweisung an den einzelnen Erben bestimme. Das folgt aus den jeweiligen Formulierungen der genannten Autoren, die schlechthin von der Maßgeblichkeit der Erbquote für die Teilung der betroffenen Größen sprechen. - Im neuesten Schrifttum wird diese Auffassung deutlich unterstrichen: "Der Gesellschaftsvertrag kann Gegenteiliges nicht vorschreiben, auch die Erben können eine abweichende Vereinbarung nicht treffen"[2].

Danach richtet sich der Umfang der wirtschaftlichen Beteiligung mehrerer Erben am Gesellschaftsvermögen nach dem Verhältnis der Erbanteile, selbst wenn eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung entgegensteht.
Dieser Standpunkt erscheint problematisch. Das macht folgendes Beispiel deutlich: Die übrigen Gesellschafter einer OHG haben sich nach langem Zögern damit einverstanden erklärt, daß auch der zweite Sohn Y des Gesellschafters A unmittelbar nach dem Tode des Vaters die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters erhält. - Y soll nur eine geringe Kapitalbeteiligung haben[3].
Die gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen werden dahin ergänzt, daß im Falle des Todes des Gesellschafters A die Mitgliedschaft des Verstorbenen von den beiden Söhnen X und Y fortgesetzt wird. Die wirtschaftliche Beteiligung des A soll dem X zu 4/5, dem Y zu 1/5 zustehen.
A stirbt, ohne von Todes wegen über sein Vermögen verfügt zu haben. X und Y als die einzigen Erben sind je zur Hälfte am Nachlaß beteiligt.
Folgt man der h.M., so hat sich die wirtschaftliche Beteiligung des Verstorbenen an der OHG entgegen den gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen nach dem Verhältnis der Erbquoten - also je 1/2 - auf die beiden Söhne X und Y verteilt.

Dieses Ergebnis kann nicht befriedigen. Es bedeutet, daß den

1) KG DR 42, 731 (732); Dür.-Hach.-Fl. II 2, § 139 A 15;
2) Schlegelb.-Geßler, § 139 A 25;
3) lt. Gesellschaftsvertrag wird nach Kapitalanteilen abgestimmt.

übrigen Gesellschaftern - jedenfalls zunächst - die wirtschaftliche Beteiligung neuer Gesellschafter am gemeinsam betriebenen Unternehmen in einem bestimmten Umfang aufgezwungen werden kann. Das ist gesellschaftsrechtlich unzulässig. Die Bestimmung des Umfangs der wirtschaftlichen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen - buchmäßig die Festsetzung des Kapitalanteils eines Gesellschafters - betrifft ausschließlich das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander[1]. - In diesem Bereich herrscht der Gesellschafterwille, wie er im Gesellschaftsvertrag seinen Ausdruck findet. Die zu regelnden Gegenstände und Angelegenheiten unterliegen dem Bestimmungsrecht der Gesellschafter.

Die kapitalmäßige Ausstattung einer Gesellschafterstellung kann zum übereinstimmend erklärten Gesellschafterwillen nicht im Widerspruch stehen.

Das gilt auch, wenn die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters von dessen Erben fortgesetzt wird. Ist dem Gesellschaftsvertrag ein besonderes Quotenverhältnis zu entnehmen, nach dem sich die wirtschaftliche Beteiligung der Nachfolger-Erben am Gesellschaftsvermögen richten soll, so bestimmen sich hiernach die Kapitalanteile der Erben. Die Nachlaßquoten haben insoweit keine Bedeutung; die Gesellschafter haben von dem ihnen zustehenden Bestimmungsrecht maßgeblichen Gebrauch gemacht.

Im eingangs aufgezeigten Fall sind daher - entgegen der h.M. - X zu 4/5 und Y zu 1/5 des Kapitalanteils des Verstorbenen wirtschaftlich am Unternehmen beteiligt.

---

1) Das folgt aus dem Gesetz: Nach § 109 HGB bestimmt sich das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag. In zweiter Linie finden die Vorschriften der §§ 110-122 HGB Anwendung. - Der Kapitalanteil wird in den §§ 120-122 HGB erwähnt; und zwar in § 120 HGB als Wertgröße, dem der Gewinn zugeschrieben wird und von dem Verlust und Entnahmen abgeschrieben werden; in den §§ 121 und 122 HGB als Berechnungsgrundlage für die Verteilung des Jahresgewinns und für die zulässige Entnahme aus der Gesellschaftskasse. - Das Gesetz beschäftigt sich mit dem Kapitalanteil also in denjenigen Vorschriften, die nur subsidiär Anwendung finden, weil der Gegenstand der gesetzlichen Regelung das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander betrifft und sich daher zunächst nach dem Gesellschaftsvertrag richtet.

Die Auffassung, die Kapitalbeteiligung des Erblassers werde ebenso wie der Gewinn- und Verlustanteil nach Zahl und Größe der Erbquoten zerteilt, kann möglicherweise gebilligt werden, wenn die Gesellschafter ihr Bestimmungsrecht nicht ausdrücklich in einem anderen Sinne ausgeübt haben.
Dabei ist allerdings zweifelhaft, ob der Erbanteil nach seiner gesetzlichen Funktion ipso iure als Teilungsmaßstab gelten kann. Es ist nämlich zu beachten, daß nach dem Verhältnis der Erbquoten sich das Ergebnis einer Teilung bestimmen soll, die im Rechtsbereich der OHG stattfindet, während der Erbanteil eine Begriffsbildung auf erbrechtlichem Gebiete darstellt. Er ist der Maßstab für die verhältnismäßige Gleichbehandlung[1] der Miterben[2].

Der Geltungsbereich der gleichmäßigen Behandlung wird durch die Grenzen des Gemeinschaftsverhältnisses bestimmt. Eine Ausdehnung auf Bereiche, die sachlich nicht mehr von der Bindung innerhalb der Gemeinschaft betroffen werden, kommt nicht in Betracht[3]. Dasselbe trifft für den Gleichbehandlungsmaßstab zu. Dieser kann über die Grenzen des Gemeinschaftsverhältnisses hinaus keine Geltung beanspruchen.

Der Erbanteil kommt in persönlicher und sachlicher Hinsicht auf der Erbrechtsebene zur Anwendung und soll die Gleichbehandlung der Erben nach dem Verhältnis ihrer wirtschaftlichen Beteiligung am Nachlaß gewährleisten. Dann ist es fraglich, ob er ohne weiteres das Ausmaß der wirtschaftlichen Beteiligung eines jeden Erben am Gesellschaftervermögen bestimmt; denn hier handelt es sich um den Zuständigkeits- und Wirkbereich der Gesellschafter.

---

1) vgl. die gesetzliche Bestimmung der den einzelnen Miterben zustehenden Erbanteile: Die gleichmäßige Verteilung des Nachlasses auf solche Erben, die innerhalb der einzelnen Ordnung im gleichen Grade verwandt sind, ist zwar erst für die vierte und die folgenden Ordnungen uneingeschränkt durchgeführt (§§ 1928, 1929 BGB); in den ersten drei Ordnungen ist dieser Grundsatz durch die Erbfolge nach Stämmen modifiziert (§§ 1924-1926 BGB). Immerhin erben auf allen Stufen Geschwister zu gleichen Teilen. - vgl. weiter für die gewillkürte Erbfolge die §§ 2091; 2093; 2089; 2073 BGB; - vgl. die Vorschriften über das Miterbenverhältnis: § 2038 II 1 i.V. m. §§ 743 I, 748 BGB; 2038 II 1 i.V.m. § 745 I S. 1 und 2 BGB; - vgl. die Regelung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten: §§ 2059 I 1; 2059 I 2; 2060; 2061; BGB; - vgl. schließlich die Bestimmungen für die Auseinandersetzung: §§ 2042 II, 752; 2047 I BGB;

Eine endgültige Klärung dieser Frage ist jedoch nicht erforderlich. Wenn der Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche Anordnung enthält, wird die Ausdeutung des Gesellschafterwillens in der Regel und im Zweifel zu dem Ergebnis führen, daß der Erbanteil Teilungsmaßstab sein und den Umfang der wirtschaftlichen Beteiligung der Nachfolger-Erben am Gesellschaftsvermögen bestimmen soll. Aus der Sicht der Gesellschafter erscheint es naheliegend, daß die Erben im Verhältnis ihrer Nachlaßquoten an der kapitalmäßigen Seite der Erblasser - Mitgliedschaft beteiligt sein sollen, wenn die Fortsetzung der Gesellschafterstellung im Wege des Erbrechts verwirklicht wird.

Zusammenfassendes Ergebnis:

Die Ausführungen haben insgesamt gezeigt: Der erbrechtliche Vermögensanfall ist geeignet und in der Lage, die Mitgliedschaft eines Gesellschafters von Todes wegen auf dessen Erben als selbständige Einzelpersonen überzuleiten. Der Vorgang der Beerbung kann wirksamer, die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch alle Erben des Verstorbenen vollziehender Verfügungstatbestand sein. Die Kapitalausstattung der neuen Einzelmitgliedschaften richtet sich im Zweifel nach der jeweiligen Beteiligungsquote der Erben am Gesamtnachlaß, wenn der Gesellschaftsvertrag schweigt. - Die Anforderungen an eine erbrechtliche Zuordnungsänderung werden somit erfüllt.

Die folgenden Ausführungen sollen zeigen, ob der Vorstellung der Gesellschafter entsprechend die Erbfolge auch dann als Verfügungstatbestand geeignet ist, wenn die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters durch einen von mehreren Miterben fortgesetzt werden soll.

---

2) vgl. G. Hueck: "Gleichmäßige Behandlung", S. 31 ff;
3) vgl. G. Hueck, a.a.O., S. 224.

2) bei einer Fortsetzung der Mitgliedschaft durch einen von mehreren Erben.

Lebhaft umstritten ist die Frage, ob bzw. in welchem Umfang die Mitgliedschaft kapitalmäßig ausgestattet ist, wenn sie auf den zur Fortsetzung der Gesellschafterstellung berufenen Miterben übergeht.
Die widerstreitenden Meinungen gelangen hierbei zu unterschiedlichen Ergebnissen, an denen sich der äußere Aufbau der nachfolgenden Darstellung orientiert.

Nach einer Mindermeinung wird die personenrechtliche Mitgliedsstellung im Erbgang dem bevorzugten Miterben ohne jede Kapitalausstattung zugewiesen.
Zahlenmäßig überlegen ist die Auffassung, der Gesellschaftererbe erhalte die Mitgliedschaft des Verstorbenen einschließlich einer Kapitalausstattung, die seiner Beteiligung am gesamten Nachlaß entspreche. Im übrigen stünde den von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben ein schuldrechtlicher Abfindungsanspruch zur gesamten Hand gegen die OHG zu.
Eine dritte Meinung befürwortet die Zuweisung der Mitgliedschaft zusammen mit der kapitalmäßigen Beteiligung, wie sie der verstorbene Gesellschafter innehatte. Der zur Fortsetzung berufene Miterbe erhält die Gesellschafterstellung im Erbfall unmittelbar mit voller Kapitalausstattung. - Dieses Ergebnis wird teilweise davon abhängig gemacht, daß Abschichtungsansprüche der übrigen Miterben gegen die OHG gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen sind.

a) Die Zuweisung der persönlichen Mitgliedsstellung an den Gesellschafter-Miterben, der kapitalmäßigen Beteiligung an die Erbengemeinschaft.

Da der Erwerb der Mitgliedschaft in der OHG eine vermögensmäßige Beteiligung nicht zwingend erfordere, nehmen nach der Meinung einiger Autoren die persönliche Mitgliedsstellung und die vermögensmäßige Beteiligung jeweils selbständig

an der Erbfolge teil[1].
Die vermögensmäßige Beteiligung des Erblassers gilt als typischer, unter die §§ 1922, 2032 BGB fallender Rechtsgegenstand, der im Todesfall ungeteilt[2] - nach Eiselt[3] als Abfindungsanspruch gegen die OHG - der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand anfällt.
Die persönliche Mitgliedsstellung geht nach dieser Auffassung kraft Erbfolge auf den zur Fortsetzung der Gesellschafterstellung berufenen Miterben über, und zwar als "atypischer Nachlaßgegenstand"[4]. Es handelt sich um eine Vererbung außerhalb der §§ 1922, 2032 BGB.

Daß die kapitalmäßige Beteiligung in die Gesamthandsbindung aller Erben gelangen soll, ist jedoch mit dem Willen der Gesellschafter unvereinbar. Wenn die Gesellschafterstellung des Verstorbenen erst über den Umweg einer Teilauseinandersetzung unter den Erben kapitalmäßig ausgestattet werden muß, gibt es Unsicherheit zwischen den Beteiligten und rechtliche Schwierigkeiten im Verwaltungsbereich der OHG.
Die dargestellte Meinung bietet keine rechtskonstruktive Antwort auf die Frage, wie die Vererbung der persönlichen Mitgliedsstellung entgegen den Regeln der Gesamterbfolge erklärt werden kann. Daß der Erblasser den rechtlichen Weg eines Gegenstandes im Erbgang außerhalb der §§ 1922, 2032 BGB zu bestimmen befähigt sein soll, leuchtet nicht ein. Zwar gewinnt die Gesellschafterstellung den Rechtscharakter der Vererblichkeit überhaupt erst durch eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Disposition. Damit ist die Voraussetzung geschaffen, daß die Mitgliedschaft vom Erbrecht erfaßt wird. Welchen Weg sie im Erbgang nimmt, bestimmt sich nach den gesetzlichen Vorschriften des Erbrechts. Ein von der einheitlichen Zuordnungsänderung der Gesamterbfolge abweichendes Ergebnis muß daher auch gesetzlich begründet

1) vgl. Eiselt AcP 158, 319 (328,330,331); Küster DNotZ 56, 460 (464,467);
2) so Eiselt a.a.O. S. 328;
3) a.a.O.;
4) Eiselt a.a.O. S. 331.

werden können. Der Hinweis auf den Willen der Parteien, insbesondere des Erblassers, genügt nicht.

b) Die Zuweisung der Mitgliedschaft einschließlich einer Kapitalausstattung im Erbquotenverhältnis an den zur Fortsetzung berufenen Miterben.

Überwiegend wird die Auffassung vertreten, der Gesellschafter-Miterbe erhalte die Mitgliedschaft des Verstorbenen einschließlich einer Kapitalausstattung, die seiner Beteiligung am gesamten Nachlaß entspreche. Im übrigen stünde den von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben ein schuldrechtlicher Abfindungsanspruch zur gesamten Hand gegen die OHG zu[1].
Daß der als Nachfolger bestimmte Miterbe nur entsprechend seiner Erbquote an der wirtschaftlichen Beteiligung des Erblassers teilhaben soll, wird einmal als zwangsläufige Folge der erbrechtlichen Stellung der einzelnen Miterben betrachtet[2]. Ihr Rechtserwerb vollziehe sich nach erbrechtlichen Gesichtspunkten. Jeder könne nur soviel erlangen, wie ihm auf Grund seines Erbrechts bzw. nach dem Verhältnis der Erbanteile zustehe. Der gesellschaftsrechtlichen Regelung komme lediglich die Bedeutung zu, daß sie die Art des Rechtserwerbs - Rechtsnachfolge als Gesellschafter oder Abfindungsanspruch - bestimme[3].

- Zum anderen wird die erbquotengerechte Kapitalausstattung der fortgesetzten Mitgliedschaft mit dem Hinweis auf § 738

1) BGHZ 22, 186 (193) = NJW 57, 180 (180); Hueck, OHG, § 28 II 2; ders., JZ 57, 222 (223); ders., DNotZ 52, 550 (554); Lehmann, GesR S. 142; Baumbach-Duden, 1961, § 139 A 2 B; Schneider-Zartmann-Martin, 1960, § 20 S. 408; Liebisch ZHKR Bd. 116, 128 (151); - vgl. bereits RG DR 43, 1224 (1226); Dietrich DR 43, 304; - vgl. ferner KG JW 33, 118 (119); KG DNotZ 35, 988 (989);
2) BGH NJW 57, 180 (181);
3) Zustimmend Hueck JZ 57, 222 (223): Da dem vorgesehenen Nachfolger erbrechtlich nur ein Teil des Kapitalanteils des Erblassers zufalle, werde er nur mit einem entsprechend geringeren Anteil Gesellschafter. -

BGB begründet[1].
Den von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben gegenüber sei es so anzusehen, als wäre der Erblasser durch seinen Tod aus der OHG ausgeschieden. Falls nicht alle Erben die Gesellschafterstellung des Verstorbenen fortsetzten, entstehe ein Abschichtungsanspruch nach § 738 BGB; der wirtschaftliche Wert der Mitgliedschaft, der im Kapitalanteil zum Ausdruck komme, könne von ihr gelöst und ganz oder teilweise in einen Abschichtungsanspruch umgewandelt werden.

Die vorgebrachten Begründungen bedürfen einer Überprüfung.

Der Auffassung des BGH, die unmittelbare Aufteilung der Erblasser-Beteiligung auf den Gesellschafter-Miterben und auf die übrigen - gesamthänderisch gebundenen - Erben stelle sich als "zwangsläufige Folge der erbrechtlichen Stellung"[2] der einzelnen Erben dar, kann nicht zugestimmt werden.

Die Mitgliedschaft des Verstorbenen unterliegt zwar samt ihrer wirtschaftlichen Beteiligung der Erbfolge. Die Teilnahme am Erbgang und die Berufung auf den Erbanteil reichen aber nicht aus, einen Abfindungsanspruch der übrigen Miterben zu begründen. Soll als Ergebnis der Erbfolge ein Teil der bisherigen Kapitalausstattung fortan dem Gesellschafter-Miterben zustehen und im übrigen die Erblasser-Beteiligung als Abfindungsanspruch in die gesamthänderische Zuständigkeit der anderen Miterben gelangen, so setzt dies eine sich im Erbgang vollziehende Teilung der wirtschaftlichen Beteiligung des Erblassers voraus und verlangt weiter eine hieran orientierte differenzierte Zuordnungsänderung. - Der jeweilige Erbanteil kann jedoch die Teilung weder fordern noch bestimmen. Die Möglichkeit einer an dem Verhältnis der Erbanteile ausgerichteten differenzierten Zuordnungsänderung muß schon deshalb entfallen, weil die Erben an den der Erbfolge unterliegenden Gegenständen keine

1) vgl. ausführlich Liebisch, ZHKR Bd. 116, 128 (151); im Ergebnis zustimmend: Hueck, JZ 57, 222 (223); Dietrich DR 43, 304; RG DR 43, 1224 (1226);
2) vgl. BGH NJW 57, 180 (181).

ihren Erbquoten entsprechenden realen Anteile haben[1].

Weiter ist zu beachten: Der Erbteil hat die Funktion eines spezifischen, auf ein bestimmtes Gemeinschaftsverhältnis zugeschnittenen Gleichbehandlungsmaßstabes[2]. Dann ist es fraglich, ob er außerhalb dieses Bereiches Rechtswirkungen entfalten kann: Die Festlegung der Kapital- und Gewinnanteile der einzelnen Nachfolger-Erben in der OHG hat mit der gesamthänderisch gebundenen Zuständigkeit aller Erben für das Nachlaßvermögen nichts zu tun.

Insgesamt ist daher der Schluß gerechtfertigt, daß die Nachlaßquote von sich aus die wertmäßige Beteiligung der Erben an der Gesellschafterstellung des Verstorbenen nicht bestimmt. Ein Abfindungsanspruch der übrigen Miterben kann mit dem Hinweis auf deren erbrechtliche Stellung nicht begründet werden.

Auch aus § 738 BGB, der gemäß § 105 II HGB für das Recht der OHG Anwendung findet, läßt sich ein Abfindungsanspruch der von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben nicht herleiten. Diese Vorschrift findet nicht bereits dann Anwendung, wenn gesellschaftsvertraglich nicht alle Erben zur Fortsetzung der Mitgliedschaft berufen sind.
Scheidet ein Gesellschafter aus der OHG aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen nach § 738 I BGB den übrigen Gesellschaftern zu. Der Ausscheidende verliert seine Mitgesamthänderstellung[3]. Er erhält eine Reihe schuldrechtlicher Ansprüche gegen die übrigen Gesellschafter (§§ 738 I S. 2, 740 BGB). Insbesondere kann Abrechnung auf den Zeitpunkt des Ausscheidens sowie Auszahlung der Abfindung verlangt werden[4].

---

1) a.A. nur Donner, DR 43, 1205: demnach haben die Miterben an den Nachlaßgegenständen einen realen, quotiell bestimmten Anteil. Die vorhandenen Anteile seien lediglich bis zur Erbauseinandersetzung hinsichtlich der Verfügungsbefugnis der einzelnen Erben "stillgelegt".
2) vgl. oben S. 135;
3) vgl. Hueck, OHG § 29 II 2; Schultze-v.-Lasaulx in Soergel-Siebert II, § 738 A 2;
4) Schultze-v.-Lasaulx, a.a.O. A 5;

- Aber diese Rechtsfolgen knüpft § 738 BGB an das "Ausscheiden" aus der Gesellschaft. Wann diese Voraussetzung erfüllt ist, läßt sich der Vorschrift selbst entnehmen. Gemeint ist nicht allein der Wegfall der Person des Gesellschafters, sondern der Untergang der persönlichen Mitgliedsstellung mit der Folge, daß die Gesamthänderstellung des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern zuwächst.
Wird aber die Mitgliedschaft von einem der Erben fortgesetzt, so findet ein Subjektswechsel statt, ohne daß die rechtliche Identität der Gesellschafterstellung im übrigen berührt wird. Weder erlischt die persönliche Mitgliedsstellung des Verstorbenen, noch wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu. Damit entfallen die Voraussetzungen für eine Entstehung des Abfindungsanspruchs gem. § 738 BGB[1].

Zusammenfassend ist zu sagen: Die in Literatur und Rechtsprechung weit verbreitete Meinung, der gesellschaftsvertraglich berufene Miterbe erhalte die Mitgliedschaft des Verstorbenen mit einer seiner Erbquote entsprechenden Kapitalausstattung, während den übrigen Erben ohne weiteres ein Abschichtungsanspruch zur gesamten Hand zustehe, entbehrt einer tragfähigen rechtlichen Begründung. Weder die Berufung auf die erbrechtliche Stellung der einzelnen Miterben noch der Hinweis auf die Vorschrift des § 738 I BGB erweisen sich als rechtlich anerkennenswerte Argumente.

c) Die Zuweisung der Mitgliedschaft samt kapitalmäßiger Beteiligung an den Gesellschafter-Miterben

Insbesondere Siebert hat wiederholt die Auffassung vertreten, der zur Fortsetzung der Mitgliedschaft berufene Miterbe müsse im Wege der Erbfolge außer der personenrechtlichen Mitgliedsstellung die volle wirtschaftliche Beteiligung des

1) So im Ergebnis auch Siebert, BB 56, 837 (838); Zunft NJW 57, 1129 (1132); Lange, ErbR, § 5 V 3, FN 3 S. 53.

verstorbenen Gesellschafters erhalten[1) 2)]. Da die Mitgliedschaft in vollem Umfang, auch mit ihrem vollen Vermögenswert, als Einheit vererbt werde, kämen Abfindungsansprüche der von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben gegen die Gesellschaft nicht in Betracht[3)]. - Rechtssystematisch müsse man als Ergebnis der eigentümlichen Verbindung von Gesellschaftsvertrag und Erbrecht eine Sondererbfolge annehmen[4)]. Zwar fehle eine klare positiv-rechtliche Grundlage, doch sei die Sondererbfolge eine folgerichtige Anpassung des Erbrechts an die gesellschaftsrechtlichen Notwendigkeiten[5) 6)].

Eine "Vollnachfolge"[7)] in dem aufgezeigten Sinne, daß der zur Fortsetzung berufene Miterbe die gesamte Gesellschafterstellung einschließlich ihres vollen Kapitalwertes im Wege der Erbfolge unmittelbar erwirbt, wird allerdings überwiegend nur befürwortet, wenn der Gesellschaftsvertrag Abfindungsansprüche der übrigen Miterben gegen die Gesellschaft wirksam ausgeschlossen habe[8)].

---

1) Siebert, GV u. ErbR, 1954, S. 24; ders., StbJb 55/56, 300 (319); ders., NJW 55, 809 (811); ders., BB 56, 837 (838); ders., BB 57, 18 (19) - zustimmend: Zunft NJW 57, 1129 (1131) jetzt auch Kipp-Coing, 1960, § 91 S. 391; 1965, § 91 S.402/403;
2) vgl. auch schon RG DR 41, 1084: dort heißt es: wenn in dem zur Entscheidung anstehenden Fall der als Nachfolger des Verstorbenen vorgesehene und an seine Stelle tretende Miterbe automatisch mit dem Erbfall Gesellschafter geworden wäre, hätte er nicht nur den "Gesellschaftsanteil des Verstorbenen, sondern zugleich auch dessen laufenden Kapitalanteil als solchen im ganzen erworben".
3) Siebert, BB 56, 838;
4) Siebert, a.a.O.;
5) vgl. Siebert NJW 55, 809 (811); ders., BB 57, 18 (19); ders., GV u. ErbR, 1954, 24/25; Sondererbfolge auch befürwortet von Baumbach-Duden, 1964, § 139, 2c;
6) für eine Sondererbfolge auch Bartholomeyczik, ErbR, § 35 II 5 S. 211; Ermann-Bartholomeyczik Vor. 3b zu §§ 2032 ff; -Systematisch gesehen gehört diese Auffassung allerdings nicht hierher: Gegenstand der Erbfolge sollen die zu einem einheitlichen Rechtsgegenstand verknüpften Gesellschafterrechte sein, "soweit sie überwiegend vermögensrechtlicher Natur und damit vererblich sind, so daß sie nicht mit dem Tode ihres Trägers erlöschen".
7) vgl. Siebert BB 57, 18 (19);
8) Hueck, JZ 57, 222 (223); ders., OHG, § 28 II 2; G.u.D.Reinicke NJW 57, 561 (563); Schlegelb.-Geßler § 139 A 25a; Baumbach-Duden, 1964, § 139 A 2c;- wohl auch Weipert in RGRK A 12 i.V. m. A. 16; unklar dagegen A 15: danach soll auch die Fortsetzung der Mitgliedschaft auf einem Vertrag zugunsten Dritter beruhen;- vgl. weiter Liebisch ZHKR Bd. 116, 128 (152).

Eine solche Ausschlußvereinbarung wird von der h.M.[1] für zulässig und wirksam gehalten: Es handele sich nicht um eine erbrechtliche, sondern um eine gesellschaftsrechtliche Regelung, die dem Interesse der Gesellschaft diene, keinen unzulässigen Eingriff in die Bestimmungen des Erbrechts bedeute und die daher im Gesellschaftsvertrag erfolgen könne[2].
- Die nicht zur Nachfolge zugelassenen Erben seien gebunden, da sie als Gesamtrechtsnachfolger die Abreden des Erblassers gegen sich gelten lassen müßten[3].
Die Mindermeinung hält eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, nach der Abschichtungsansprüche der übrigen Miterben gegen die OHG ausgeschlossen sein sollen, nicht für wirksam[4].
- Die vermögensmäßige Beteiligung des Erblassers in der Form des Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben bzw. - weitergefaßt - die Vermögensrechte der Gesellschafterstellung gelangen danach auf jeden Fall in den Zuständigkeitsbereich der Erbengemeinschaft.

Zulässigkeit und Wirksamkeit des gesellschaftsvertraglichen Ausschlusses von Abschichtungsansprüchen sowie der Rechtscharakter einer hierauf gerichteten Vereinbarung brauchen indessen hier nicht erörtert zu werden; eine Beantwortung dieser Fragen würde an dem wirklichen Problembereich vorbeigehen.
Die Alternative, ob Abschichtungsansprüche der übrigen Miterben gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen werden können oder nicht, setzt voraus, daß im gesetzlichen Normalfall

---

1) vgl. die in den beiden folgenden FN Genannten;
2) Hueck, JZ 57, 222 (223); BGH NJW 57, 180 (181); G.u.D.Reinikke NJW 57, 561 (563); Weipert in RGRK § 139 A 12; Staud.-Keßler § 727 A 23; - vgl. auch RG DR 43, 1224 (1226) = RGZ 171, 345 (350); Dietrich DR 43, 304; Sudhoff, GV, S. 233; Schneider-Zartmann-Martin, S. 409; Lehmann GesR, S. 142/143; Liebisch ZHKR Bd. 116, 128 (152); Lange, ErbR, § 5 V 3, a.E., S. 53;
3) Hueck, JZ 57, 222 (223); ders., OHG § 28 II 2; ders., DNotZ 52, 550 (554); RGZ 145, 289 (294): nur, wenn die Erhaltung des Unternehmens vordringlich ist. - Baumbach-Duden, § 139 A 2, C;
4) Eiselt, AcP 158, 319 (334); Kaufmann JZ 59, 522 (523); Schlicht NJW 54, 984 (986); allerdings sollen die übrigen Miterben auf Grund der Ausschlußvereinbarung verpflichtet sein, die Vermögensrechte auf den Gesellschafter-Miterben zu übertragen. - Kipp-Coing, 1955, § 87 III 4b, S. 320; wohl auch: LG Bremen, NJW 54, 477 (478); - a.A.: Wolf, NJW 54, 1549 (1551).

mit dem Tode des Gesellschafters derartige Ansprüche ohne weiteres zur Entstehung gelangen. Die Ausführungen des vorigen Abschnitts[1] haben jedoch gezeigt, daß weder die Berufung auf die erbrechtliche Stellung der einzelnen Miterben noch der Hinweis auf die Vorschrift des § 738 I BGB ausreichen, um die automatische Entstehung eines Abschichtungsanspruchs der übrigen Miterben zu begründen. Auch sonst ergeben sich keine Gesichtspunkte, aus denen im Erbfall ohne weiteres ein Abschichtungsanspruch der von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben herzuleiten wäre.
- Damit ist nicht gesagt, daß die Entstehung solcher Ansprüche überhaupt ausgeschlossen ist. Kommt das Erbrecht als Begründungstatbestand nicht in Betracht, so liegt es nahe, auf die Vereinbarungen der Gesellschafter abzustellen.

Bereits unter Lebenden entsteht - außer in den Fällen des Ausscheidens, § 738 I BGB - ein Abschichtungsanspruch, wenn auf Grund einer gültigen Abrede der Kapitalanteil eines bestimmten Gesellschafters verringert, die Gesellschafterstellung also fortan mit einer verminderten Kapitalausstattung fortgesetzt werden soll.
Findet § 738 I BGB i.V. mit § 105 II HGB keine Anwendung[2], so bleibt als Rechtsquelle eines Abschichtungsanspruchs der übrigen Miterben die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, der berufene Miterbe solle die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters mit einer geringeren Kapitalbeteiligung fortsetzen, als dem Rechtsvorgänger eingeräumt war.

Damit verschiebt sich aber die maßgebliche Fragestellung. Es darf nicht heißen, ob Abschichtungsansprüche der anderen Miterben wirksam ausgeschlossen werden können, sondern, ob derartige Ansprüche im Erbfall entstehen oder nicht.

Eine Antwort hierauf kann nur der Gesellschaftsvertrag geben. Bestimmt er ausdrücklich oder stillschweigend, der zur Fortsetzung der Mitgliedschaft berufene Miterbe solle die Kapitalausstattung des Erblassers nur zum Teil - etwa entsprechend seinem Erbanteil - erhalten oder ergibt die Gesellschaf-

1) vgl. oben S. 139 ff;
2) vgl. oben S. 141/142;

ter-Vereinbarung, der Nachfolger-Miterbe könne die Kapitalbeteiligung im bisherigen Umfang nicht beibehalten, im Erbfall finde daher eine Herabsetzung[1] statt[2], so werden die nicht zur Nachfolge zugelassenen Miterben in Höhe des Restwertes der Erblasser-Beteiligung abgefunden. Ein entsprechender Anspruch auf rechnerische Festsetzung und Auszahlung steht ihnen zur gesamten Hand gegen die OHG zu[3].
Der Gesellschaftsvertrag ist die eigentliche Grundlage dieses Anspruchs, der mit dem Erbfall vollwirksam wird. Denn die Vereinbarung der Gesellschafter ist maßgebend für die Frage, ob die Kapitalbeteiligung des Erblassers mitgliedschaftsgebunden auf den Nachfolger übergehen oder im Erbfall ganz oder teilweise als Abschichtungsanspruch freigesetzt werden soll. - Soweit eine Abschichtung in Betracht kommt, vermittelt das Erbrecht die Zuordnungsänderung.

Vorstellung und Vereinbarung der Gesellschafter gehen allerdings in der Regel und im Zweifel dahin, daß der Miterbe, der den Verstorbenen im vollen Maße in der OHG ersetzt, auch dessen Kapitalanteil in demselben unveränderlichen Umfang weiterführt. Die quantitative Zuweisung soll auf die qualitative Zuständigkeitsänderung abgestimmt sein. Die Gesellschaft will sich vor einem Kapitalabfluß schützen[4] [5].
Dann können Abschichtungsansprüche der von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben gegen die OHG nicht zur Entstehung gelangen.

---

1) etwa um bestimmte Bruchteile des nominellen Kapitalanteils;
2) das ist eine echte Alternative: im ersten Fall ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Nachfolger eigenes Vermögen in die OHG einbringt und den Kapitalanteil auffüllt.
3) vgl. auch Siebert BB 57, 18 (19); Schlegelb.-Geßler § 139 A 25a;
4) vgl. auch Siebert, BB 57, 18 (19);
5) Falls der für die Nachfolge vorgesehene Miterbe über privates Vermögen verfügt, so daß ihm eine Kapitalleistung bis zur Höhe der wirtschaftlichen Beteiligung des Erblassers möglich wäre und zugemutet werden könnte, fällt der letzte Gesichtspunkt - Schutz vor Kapitalabfluß - nicht mehr entscheidend ins Gewicht. Das besagt aber nicht, es läge nunmehr die Ausdeutung des Gesellschafterwillens nahe, die übrigen Miterben sollten einen Abschichtungsanspruch gegen die Gesellschaft erhalten. Denn regelmäßig wird keine besondere Neigung der Gesellschafter bestehen, Kapital einerseits an die übrigen Miterben zur Auszahlung zu bringen, um es auf der anderen Seite von dem Nachfolger-Miterben gleich wieder einzufordern.

Daraus könnte man folgern, daß nunmehr der zur Fortsetzung der Mitgliedschaft berufene Miterbe auf Grund seiner Erbenqualität, also im Wege der Erbfolge die Gesellschafterstellung des Erblassers im vollen Umfang samt der kapitalmäßigen Beteiligung, wie sie dem Verstorbenen zustand, erwirbt[1].

Diesen Schritt vollzieht der BGH jedoch nicht[2]. Zwar soll der Gesellschafter-Miterbe im Ergebnis den "ganzen Gesellschaftsanteil" des Erblassers erhalten, doch nicht allein im Wege der Erbfolge. Kraft Erbenqualität könne er "nur das und nur so viel erhalten, wie ihm auf Grund seines Erbrechts"[3] zustehe. Der Gesellschaftsvertrag könne nicht selbständiger Erwerbsgrund sein. - Dagegen seien die übrigen Gesellschafter regelmäßig verpflichtet, "den ihnen beim Tode des einen Gesellschafters zugewachsenen Teil des Gesellschaftsanteils[4] auf den in die Gesellschaft automatisch eingetretenen[5] Gesellschafter-Miterben zu übertragen",[6] so daß dieser "einen Gesellschaftsanteil in gleicher Höhe wie sein Erblasser" erhalte.

Der Auffassung des BGH kann nicht gefolgt werden; sie hat auch im Schrifttum lebhaften Widerspruch gefunden[7].

Daß der Gesellschafter-Miterbe nur zu einem Bruchteil am gesamten Nachlaßvermögen beteiligt ist, nötigt nicht zu der Annahme, kraft Erbrechts könne der begünstigte Miterbe nur den seiner Erbquote entsprechenden "Gesellschaftsanteil"[8] erhalten[9].

---

1) So im Ergebnis die oben S. 143 FN 1 Genannten; ebenso S. 143 FN 8
2) Urt. v. 22.11.56, NJW 57, 180 (181);
3) BGH a.a.O.
4) Das bleibt unklar: "Zuwachsen" kann nach § 738 I BGB nur die Stellung als Mitgesamthänder. Wird die Mitgliedschaft unmittelbar fortgesetzt, findet eine Zuwachsung i.S.d. § 738 I BGB nicht statt. - vgl. oben S. 142 ; vgl. auch Siebert, BB 57, 18 (20); wie eine "Zuwachsung" der restlichen Kapitalanteile begründet werden soll, bleibt offen.
5) Von einem "Eintritt" in die Gesellschaft sollte man in diesem Fall nicht sprechen.
6) BGH a.a.O.;
7) Siebert, BB 57, 18 (19/20); Eiselt AcP 158, 319 (332 ff); Zunft NJW 57, 1129 (1131/1132); Hueck, JZ 57, 222 (223); Schlegelb.-Geßler, § 139 A 25a; G.u.D. Reinicke, NJW 57,561 (564); Lange, ErbR, § 5 V 3, S. 52 FN 4; Kipp-Coing,Erbrecht, 1965, § 91 IV 8 e, S. 403/404;
8) so BGH a.a.O.;
9) vgl. oben S. 139 ff;

Muß zwischen dem "quotenmäßigen" Nachfolger-Miterben und den übrigen Gesellschaftern ein "mitgliedschaftsverstärkender"[1] Vertrag abgeschlossen werden, so bleibt die gesellschaftsvertragliche Vorstellung - Fortsetzung der Mitgliedschaft einschließlich der Kapitalbeteiligung - unverwirklicht, wenn der Nachfolger-Miterbe auf den Abschluß eines solchen Vertrages verzichtet[2]. - Die Fortsetzungsklausel als Instrument einer eindeutigen, überschaubaren und im Todesfall verwirklichten Nachfolgepolitik[3] verliert ihre Bedeutung, wenn zwischen dem Todesfall und dem Vertragsabschluß eine geraume, mit Ungewißheit angefüllte Zeitspanne liegt.

Der Erwerb eines Teils der Kapitalbeteiligung des Erblassers durch Rechtsgeschäft unter Lebenden außerhalb des Erbrechts wirkt sich auf die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft aus und berührt damit die Rechte der Nachlaßgläubiger - insbesondere Pflichtteilsberechtigten - und der Miterben. Hierüber wird im späteren Zusammenhang noch zu sprechen sein[4].

So wird man den Äußerungen des Schrifttums beipflichten müssen, welche die Auffassung des BGH insbesondere wegen des nicht einfachen und umständlichen Weges kritisieren, der zwar letztlich zu dem gleichen, auch von der Lehre befürworteten Ziele führe, aber Unsicherheiten für die Beteiligten in sich berge und neue rechtliche Zweifelsfragen aufwerfe[5],

Dagegen muß eine Lösung in der bereits angedeuteten Richtung - Erwerb ausschließlich im Wege der Erbfolge[6] - möglich sein.

Eine durch Erbfolge bewirkte Fortsetzung der Mitgliedschaft setzt nicht nur eine Inhalt und Umfang bestimmende gesellschaftsvertragliche Bereitstellung zur Vererbung voraus, sondern verlangt auch eine korrespondierende, gesonderte erbrechtliche Zuordnungsänderung.

---

1) so Siebert, BB 57, 18 (19);
2) vgl. auch Hueck, a.a.O. S. 223
3) vgl. oben S. 98 ff;
4) vgl. unten S.228 FN 1;
5) vgl. dieoben S.147 FN 7 Genannten;
6) vgl. oben S. 147;

Einer solchen steht nicht entgegen, daß der als Nachfolger vorgesehene Miterbe nur zu einem Bruchteil am gesamten Nachlaßvermögen beteiligt ist.
Der Lösungsweg lehnt sich an die Vorschrift des § 139 HGB an. Dessen Bestimmungen sind entgegen dem engen Wortlaut auch dann anwendbar, wenn nur einer der Miterben zur Fortsetzung der Mitgliedschaft berufen ist[1]: Die Gesellschafter können die Mitgliedschaft sowohl für alle Erben als auch lediglich für einen von ihnen vererblich gestalten (§ 131 Ziff. 4 letzter Halbs. HGB). In beiden Fällen trifft der Zweckgedanke des § 139 HGB, die mit der erbrechtlichen Verwirklichung der gesellschaftsvertraglichen Bestimmung für alle Beteiligten bestehenden Nachteile unter Abwägung der Interessen auszugleichen, gleichermaßen zu.

Daß die Fortsetzung der Gesellschafterstellung durch einen von mehreren Erben im Wege der Erbfolge auf Grund einer gesonderten erbrechtlichen Zuordnungsänderung bewirkt wird, findet durch § 139 HGB seine gesetzliche Anerkennung und Billigung[2]. Da der Gesellschaftsvertrag außer Gegenstand und Inhalt auch den Umfang der gesonderten Zuordnungsänderung bestimmt, erwirbt der Nachfolger-Miterbe die Gesellschafterstellung des Verstorbenen auf erbrechtlichem Wege mit voller Kapitalausstattung, wenn gesellschaftsvertraglich dieser Umfang zur Vererbung an den bevorzugten Miterben bereitgestellt worden ist.

Zusammenfassung
Soll die Mitgliedschaft im Todesfall von einem der Miterben fortgesetzt werden, so lassen sich Abschichtungsansprüche der von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben nicht ohne weiteres begründen. Die Fragestellung, ob derartige Ansprüche der übrigen Miterben gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen werden können, verschiebt sich in Richtung auf

1) So die fast einhellige Meinung in Rechtsprechung und Literatur vgl. Hueck, OHG § 28 II 2; Schlegelb.-Geßler S. 139 A 17; RGDR 43, 1224 (1226); KG JW 1933, 118 (119); KG DNotZ 35, 988 (989); Hamm OLGE 36, 270; Buchwald AcP 154, 22 (25); Sudhoff GV S. 230; Weipert in RGRK § 139 A 12; - a.A.: Dür.-Hach.-Fl. § 139 A 8, 15; Wolf NJW 54, 1549 (1551);
2) vgl. oben S. 130 für den Fall, daß alle Erben zur Fortsetzung der Mitgliedschaft berufen sind.

die Alternative, ob Abschichtungsansprüche zur Entstehung gelangen oder nicht.
Soll der berufene Miterbe den Kapitalanteil des Erblassers in dem bisherigen Umfang unverändert weiter führen, so erwirbt der Nachfolger die Gesellschafterstellung mit voller Kapitalausstattung im Wege der Erbfolge auf Grund gesonderter erbrechtlicher Zuordnungsänderung.

Der erbrechtliche Vermögensanfall ist somit geeignet und in der Lage, die Mitgliedschaft eines verstorbenen Gesellschafters auf einen der Erben überzuleiten. Der Vorgang der Beerbung kann wirksamer, die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch einen von mehreren Erben vollziehender Verfügungstatbestand sein. Die gesellschaftsvertraglichen Anforderungen werden erfüllt.

BB) Verfügungswirkung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall

Als weiterer Tatbestand, der eine Fortsetzung der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters durch einen oder mehrere Nachfolger bewirken könnte, darf der Verfügungsvertrag unter Lebenden mit Wirkung auf den Todesfall nicht unerwähnt bleiben. - Das hat seinen besonderen Grund:
Die Heranziehung des Erbrechts bedeutet zugleich eine Verengung des Personenkreises, auf den die Mitgliedschaft des Verstorbenen übergeleitet werden kann. Der Nachfolger muß Erbe sein. Es sind aber Fälle denkbar, in denen ein Dritter als Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters die Mitgliedschaft fortsetzen soll, ohne zugleich Erbe zu sein.
Das läßt sich nur erreichen, wenn auch außerhalb des Erbrechts ein unmittelbarer Übergang der Gesellschafterstellung denkbar und möglich ist. Hierzu ist ein Rechtsgeschäft erforderlich, das Verfügungswirkung äußert. In Betracht kommt ein Verfügungsvertrag unter Lebenden, dessen Rechtserfolg im Todesfall eintritt.

Der folgenden Untersuchung geht ein Überblick über Stellungnahmen des einschlägigen Schrifttums und der Rechtsprechung zum Verfügungsgeschäft auf den Todesfall voran. - Im Anschluß an die Darstellung der Gestaltungsmöglichkeiten werden die tatbestandlichen Voraussetzungen erörtert. - Im Verlauf der Ausführungen wird die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft als generelle Voraussetzung für die Wirksamkeit des Verfügungsvertrages auf den Todesfall erkannt. Später müssen spezielle Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtsgestaltungsarten geprüft werden.

I) Stellungnahme in Literatur und Rechtsprechung

Literatur und Rechtsprechung haben verschiedentlich versucht, die Fortsetzung der Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters durch einen oder mehrere Nachfolger ohne Anwendung erbrechtlicher Normen zu erklären. - Es heißt, der Bruch mit der Universalsuccession müsse vermieden werden[1]. Verfügungstatbestand, der die Übertragung der Mitgliedsstellung auf den Nachfolger im Zeitpunkt des Todes bewirkt, soll ein auf die angestrebte Zuordnungsänderung gerichtetes Rechtsgeschäft unter Lebenden sein, dessen Rechtserfolg erst im Todesfall eintritt. "Man muß dem Gesellschaftsvertrag die Macht geben, dem Erben nicht nur einen schuldrechtlichen Eintrittsanspruch, sondern den unmittelbaren Eintritt als Gesellschafter einzuräumen[2]". Das Einrücken in die Gesamthand auf Grund gesellschaftsrechtlicher Regelung erscheine gesetzestreuer als beispielsweise die Annahme einer Sondererbfolge[3].
Die Fortsetzung der Mitgliedschaft beruht danach auf der "Verfügung der Gesellschafter zugunsten eines Dritten und dessen Von-selbst-Eintritt in die gesamte aktive und passive Gesellschafterstellung..."[4].

1) Lange, ErbR, § 31 V 3, S. 343;
2) Lange, ErbR, § 5 V 3, S. 52;
3) Lange, a.a.O.;
4) Lange, a.a.O. u. § 31 V 1, S. 342.

Auch Weipert[1] und ihm folgend das OLG Hamburg[2] stellen auf den Gesellschaftsvertrag als Verfügungsgeschäft zugunsten des Nachfolgers ab.

Die Meinung von Hueck[3] ist in diesem Zusammenhang häufig mißverstanden worden[4]: Der Verfügungsvertrag unter Lebenden wird von ihm nicht als fortsetzungsvollziehender Tatbestand genannt.

Auf der anderen Seite hat insbesondere Siebert darauf hingewiesen[5], daß der Nachfolger durch die Verfügung nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten erhalten würde, ein Verfügungsvertrag zu Lasten Dritter aber unzulässig sei[6].

---

1) RGRK § 139 A 15; danach beruht die Gesellschaftereigenschaft des Nachfolgers auf dem Gesellschaftsvertrag als einem Vertrag zugunsten Dritter; im Widerspruch hierzu vgl. A 13 in Anlehnung an RGZ 170, 392 (394): Die gesellschafterliche Beteiligung des Erben beruhe auf der Erbfolge; - unklar insbesondere A 15: "Der Eintritt" - gemeint ist auch die Fortsetzung der Mitgliedschaft - "ist gesellschaftsrechtlicher Natur. Er beruht auch auf dem Erbrecht des Erben; insofern ist er auch erbrechtlicher Natur". - Das Erbrecht soll hier offenbar insoweit von Bedeutung sein, als sich nach ihm die Person des Nachfolgers bestimmt; vgl. Weiler, DNotZ 52, 283 (287), der sich mit dieser Auffassung auseinandersetzt. - Zu Unrecht beruft sich Weipert (A 15) auf RGZ 153, 274 (277) - unentschieden - sowie auf KG JW 33, 118 (119); (ablehnend; die Mitgliedschaft könne nicht durch Vertrag zugunsten eines Dritten übertragen werden, weil § 328 BGB nur für die Begründung von Ansprüchen auf Leistung gelte).

2) MDR 55, 43; der Erblasser könne nicht gehindert sein, zu seinen Lebzeiten über seine Gesellschafterrechte durch Vertrag zugunsten eines Dritten mit Wirkung auf den Todesfall zu verfügen. - Dabei wird der Fall einer Fortsetzung der Mitgliedschaft der gesellschaftsvertraglichen Begründung eines Eintrittsrechts gleichgesetzt. Daraus erklärt sich auch der Hinweis auf RGZ 145, 289 (294);

3) DNotZ 52, 550 (554);

4) so von Lange, ErbR, § 51 FN 1, S. 51; Holch, Diss. S. 33 FN 49 und OLG Hamburg, MDR 55, 43; - nach Hueck, a.a.O. S. 555 beruht die Fortsetzung der Mitgliedsstellung auf der Erbfolge. - Soll dem Gesellschaftsvertrag der Vorrang eingeräumt werden, - vgl. S. 553 - falls das personelle Bestimmungsrecht bei geteilter Zuständigkeit nicht einheitlich ausgeübt worden ist, so heißt das offenbar nur, daß in diesen Fällen die beabsichtigte Ersetzungsgestaltung nicht zum Zuge kommen kann. - Keineswegs kann ein testamentarisch als Nachfolger benannter Erbe automatisch mit dem Erbfall Gesellschafter werden, wenn er die im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Voraussetzungen nicht erfüllt.

5) NJW 55, 809 (811,812); ders., BB 56, 837; ders. GV und ErbR, 1954, S. 17;

6) vgl. auch Küster, DNotZ 56, 460 (464).

Damit sollte nicht jede Möglichkeit, die Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden im Todesfall auf den Nachfolger überzuleiten, ausgeschlossen werden. Nur wurde die Forderung erhoben, der zum Nachfolger ausersehene Dritte müsse als echter Partner am Verfügungsgeschäft teilnehmen, wenn die Übertragung der gesamten Rechtsstellung eines Gesellschafters gelingen solle[1].
Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, daß eine Beteiligung des Dritten an dem Verfügungsgeschäft nur in wenigen Fällen in Betracht komme, da die Interessen der Gesellschafter in der Regel entgegenstünden.[2]

Im folgenden werden zunächst die Möglichkeiten einer Gestaltung des Rechtsgeschäfts unter Lebenden auf den Todesfall, das die Fortsetzung der Mitgliedsstellung im Zeitpunkt des Todes bewirken soll, untersucht. Im weiteren Verlauf sind die rechtlichen Voraussetzungen zu erörtern.

II) Gestaltungsmöglichkeiten

Der Verfügungsvertrag unter Lebenden auf den Todesfall läßt sich als Rechtsgeschäft denken, das alle Gesellschafter unter Einschluß desjenigen, um dessen Nachfolge es geht, mit dem Ziel abschließen, die Mitgliedsstellung für den Todesfall dem vorgesehenen Nachfolger zuzuwenden. Ein solches Verfügungsgeschäft mit unmittelbarer Wirkung für einen Dritten steht unter der Bestimmung eines Anfangstermins - Tod des betroffenen Gesellschafters - und der aufschiebenden Bedingung, daß der Nachfolger den Verstorbenen überlebt.

Außer der Verfügung zugunsten eines Dritten kommt als Rechtsgeschäft, das die Fortsetzung der Mitgliedsstellung bewirken soll, eine Einigung zwischen dem jetzigen Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger über den Übergang der Mitgliedschaft in Betracht. Als Vertragspartner ist der zukünftige Nachfolger an dem Übertragungsgeschäft, dessen Rechtserfolg ebenfalls erst im Todesfall eintreten soll, unmittelbar beteiligt.

---

1) Küster, a.a.O.; Siebert BB 56,837; ders.,GV u.ErbR, S.17/18,

- Beide Rechtsgeschäfte müssen bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen erfüllen. Dabei ist zu erörtern, inwieweit der Gesellschaftsvertrag diesen rechtsgeschäftlichen Erfordernissen entspricht bzw. entsprechen kann.

III) Tatbestandliche Voraussetzungen und die Frage ihrer Erfüllung durch Gesellschaftsvertrag

1) beim Verfügungsvertrag als Rechtsgeschäft zwischen dem einzelnen Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger

Es muß eine durch übereinstimmende Willenserklärungen des jetzigen Gesellschafters und des zukünftigen Nachfolgers erzielte Willenseinigung über die Herbeiführung des erstrebten Rechtserfolges, nämlich Übergang der Mitgliedschaft im Todesfall, vorliegen. Verfügt wird unter Bestimmung eines Anfangstermins (§ 163 BGB) - Tod des Gesellschafters - und unter der aufschiebenden Bedingung des Überlebens der Vertragspartei.

Die rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Nachfolgers bereits zu Lebzeiten des einzelnen Gesellschafters setzt eine frühzeitige Ausübung des personellen Bestimmungsrechts - und zwar in vollem Umfang - voraus.
Die Vorschriften des Gesellschaftsvertrages über Form und Zuständigkeit für die Benennung des Nachfolgers müssen hierauf abgestimmt sein. Soll beispielsweise der Nachfolger durch Verfügung von Todeswegen bestimmt werden, so hat die formwahrende Ausübung dieses Rechts erst mit dem Ableben des benennenden Gesellschafters volle Gültigkeit.

Das Erfordernis rechtsgeschäftlicher Einigung über die Zuordnungsänderung im Zeitpunkt des Todes bedeutet für den verfügenden Gesellschafter, daß er sich rechtlich endgültig bindet (§ 161 I BGB). - Der zukünftige Nachfolger erklärt seinerseits mit bindender Wirkung sein Einverständnis, mit

---

ders., NJW 55, 809 (811); Reinicke, NJW 57, 561 (562);
2) Küster a.a.O.; Siebert a.a.O.

dem Ableben des jetzigen Gesellschafters unmittelbar und automatisch neues Mitglied der OHG zu werden.

Die vorzeitige Billigung der eigenen Nachfolgerschaft läßt es fraglich erscheinen, ob dieser Typ vertraglicher Ausgestaltung in der Praxis gewählt wird. - Der zukünftige Nachfolger lädt Risiken auf sich; er bindet sich an das Unternehmen, ohne bereits Einfluß auf dessen Entwicklung nehmen zu können. In den Jahren, die bis zum Ableben des verfügenden Gesellschafters vergehen, kann sich das Schicksal der OHG so sehr verändert haben, daß die Aussicht, eine gesicherte Lebensexistenz zu erhalten, für den Nachfolger nicht mehr gegeben erscheint und ihm ein Einstehen mit seinem ganzen Vermögen nicht mehr angeraten werden kann.

Die Vielfalt des Lebens - insbesondere im wirtschaftlichen Bereich - verbietet jedoch eine generelle Aussage; die Anzahl der Möglichkeiten hält durchaus Fälle bereit, in denen es sinnvoll erscheint, einen derartigen Verfügungsvertrag mit dem zukünftigen Nachfolger abzuschließen. Das trifft insbesondere dann zu, wenn der vorgesehene Nachfolger bereits als Angestellter oder im sogenannten Unterbeteiligungsverhältnis im Unternehmen mitarbeitet.

Möglicherweise erfüllt bereits der Gesellschaftsvertrag einen Teil des aufgezeigten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes. Vielleicht können die Bestimmungen über die Fortsetzung der Mitgliedschaft im Todesfall als Angebot des einzelnen Gesellschafters auf Abschluß eines Verfügungsvertrages ausgedeutet werden.
Das wird man häufig bejahen können, wenn der zukünftige Nachfolger durch persönliche Mitarbeit dem Unternehmen oder dem Gesellschafter, an dessen Stelle er treten soll, nahesteht.

Sonst ist jedoch Zurückhaltung angebracht. Zwar handelt es sich bei den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen um vertragliche Erklärungen. Diese binden die einzelnen Gesellschafter. Ob derartige Willensäußerungen sich zugleich an einen Dritten richten, muß sorgfältig geprüft werden, wenn der Ge-

sellschaftsvertrag keine ausdrückliche, unmißverständliche Offerte enthält. - Dann ist maßgebend, ob der Nachfolger auf Grund des gesamten Erklärungstatbestandes - auch erkennbare[1] Umstände außerhalb des Gesellschaftsvertrages gehören dazu - bei vernünftiger Würdigung der verfolgten Zwecke und bestehenden Interessenlagen nach Treu und Glauben[2] auf einen Bindungswillen schließen durfte[3].

Falls die Person des Nachfolgers bei Abfassung der Bestimmungen über die Fortsetzung der Mitgliedschaft im Todesfall noch nicht feststeht, sondern erst nachträglich ausgewählt werden soll, ist die Möglichkeit einer Auslegung als Vertragsofferte nicht ausgeschlossen. Daß eine rechtsgeschäftliche Erklärung zur Zeit ihrer Fixierung und Entäußerung noch keinen Empfänger hat, obwohl sie für einen solchen bestimmt ist, hindert nicht ihr Wirksamwerden zu einem späteren Zeitpunkt, in dem der Zugang nachgeholt wird.

Die Ausführungen lassen erkennen, daß jeweils der Einzelfall entscheidet. Es ist jedoch zu weit gegriffen, hält man die Möglichkeit einer Auslegung des Gesellschaftsvertrages im Sinne eines Angebotes des einzelnen Gesellschafters an den zukünftigen Nachfolger für "tatbestandlich geradezu ausgeschlossen"[4].

Läßt der Gesellschaftsvertrag die Auslegung als Vertragsofferte zu, so muß der vorgesehene Nachfolger die Annahme erklären. Das kann auch durch schlüssiges Verhalten geschehen. Andernfalls ist ein Verfügungsvertrag nicht zustande gekommen.

---

1) nur die dem Empfänger erkennbaren Umstände können zur Auslegung benutzt werden. - vgl. RGZ 91, 423 (426); BGHZ 15, 71 (74);
2) vgl. § 157 BGB; was für den ganzen Vertrag gilt, ist auch für sein Zustandekommen maßgeblich. - vgl. Erman-Westermann, § 133 A 2; Staud.-Coing, § 133 A 18;
3) vgl. zum ganzen: Ermann-Westermann, Vorb. 3 zu § 116; § 133 A 3, 4, 7; Lehmann, Allg.T. 1963, § 30 VI, S. 196 ff; Staud.-Coing § 133 A 10; - Enn.-Nipperdey, §§ 205, 206; - vgl. RGZ 64, 165 (167); RGZ 90, 368 (373); RGZ 119, 21 (25); RGZ 131, 343 (351); RGZ 165, 193 (198);
4) Siebert, GV u. ErbR, 1954, S. 18.

2) beim Verfügungsvertrag als Rechtsgeschäft zugunsten des vorgesehenen Nachfolgers

Alle Gesellschafter müssen sich dahin einigen, daß die Mitgliedsstellung des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters mit dessen Ableben unmittelbar auf den Nachfolger übergehen soll. Der Vertragsabschluß ist ausschließlich Sache der Gesellschafter. Der zukünftige Nachfolger ist nicht beteiligt. Zu diesem Zeitpunkt braucht seine Person nicht festzustehen. Die generelle Beschreibung im Gesellschaftsvertrag, die durch bloßen Subsumtionsvorgang zur Bestimmung des Nachfolgers führt, reicht aus[1].
Es genügt aber auch die Ausübung des personellen Bestimmungsrechts durch den einzelnen Gesellschafter[2].
Ob die tatbestandlichen Voraussetzungen dieses Verfügungsvertrages gegeben sind, muß sich insbesondere durch eine entsprechende Auslegung der gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen über die Fortsetzung der Mitgliedschaft im Todesfall herausstellen.

IV) Die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft als generelle Wirksamkeitsvoraussetzung

Ein gültiges Rechtsgeschäft liegt nur vor, wenn neben dem äußeren Errichtungsakt auch diejenigen Voraussetzungen erfüllt sind, an welche das Recht die Wirksamkeit knüpft.

Das auf den Übergang der Mitgliedschaft im Todesfall gerichtete Rechtsgeschäft kann überhaupt nur wirksam werden, wenn die Übertragung der Mitgliedsstellung unter Lebenden zulässig und möglich ist.
Diese Frage stellt sich sowohl für den Verfügungsvertrag zu-

1) Der Dritte muß lediglich bestimmbar sein, Kennzeichnung nach sachlichen oder rechtlichen Kriterien genügt; vgl. RGZ 106, 120 (126); RGZ 117,143 (149); RGZ 128,246 (249); RG in Seuff. Arch. 67, Nr. 174, S. 311 (312);
2) RGZ 66, 359 (362).

gunsten des vorgesehenen Nachfolgers als auch für das Übertragungsgeschäft zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und seinem Nachfolger, und zwar in gleicher Weise. -
Die Antwort hierauf wird daher die Gestaltungsarten der Verfügung auf den Todesfall nicht unterscheiden.-
Erst später ist eine differenzierende Betrachtungsweise notwendig, wenn andere Wirksamkeitsvoraussetzungen erörtert werden.
Die Problematik der Übertragbarkeit der Mitgliedsstellung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden beschränkt sich nicht auf den personenrechtlichen Aspekt der Gesellschafterstellung. Da der Gesellschaftsvertrag zugleich Schuldvertrag und der einzelne Gesellschafter Partner eines Schuldverhältnisses ist[1], steht die Frage im Vordergrund, ob ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis als ganzes auf einen Dritten übertragen werden kann. - Erst nach dieser Untersuchung ist zu erörtern, inwieweit sich der gemeinschaftsbegründende Charakter des Gesellschaftsvertrags auf die Frage der Übertragbarkeit der Mitgliedschaft unter Lebenden auswirkt.

1) Die Übertragung schuldrechtlicher Vertragsverhältnisse

a) Ihre Zulässigkeit

Das BGB kennt keine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme; es hat sich darauf beschränkt, die Abtretung der einzelnen aus einem Schuldverhältnis hervorgegangenen Forderungen und die Übernahme der einzelnen daraus erwachsenden Verbindlichkeiten zu regeln (§§ 398 ff, 414 ff BGB)[2]. Der Grund liegt darin, daß der Gesetzgeber das Schuldverhältnis lediglich als Summe von Einzelforderungen und -pflichten gesehen und die darüber hinausgehende Bedeutung vernachlässigt hat[3].
Will ein Vertragsteil seine gesamte Rechts- und Pflichtenstellung auf einen Dritten übertragen, kann er nach der gesetzli-

1) Das BGB rechnet den Gesellschaftsvertrag zu den Schuldverträgen.
2) vgl. Lehmann, "Beiträge", 382 (384);
3) vgl. Larenz, SchuR I, 1962, § 31 III, S. 348; Siber, Jher. Jb. 70, 223 (297).

chen Regelung lediglich seine Forderungen nach § 398 BGB abtreten und muß die Verbindlichkeiten einzeln mit befreiender Wirkung nach § 415 BGB übernehmen lassen. Die in der Stellung als Vertragspartei begründeten und von ihr nicht ablösbaren Gestaltungsrechte sowie die mit der Parteistellung verbundenen Zuständigkeiten können jedoch nicht übergehen;[1] sie verbleiben beim ursprünglichen Vertragspartner.

Dadurch wird aber das Schuldverhältnis als "Gefüge" von Rechten, Rechtslagen und Pflichten[2] zerrissen; die finale Verknüpfung der Einzelelemente geht verloren. Es ist fraglich, ob das der isoliert übertragenen Ansprüche und übernommenen Verbindlichkeiten entkleidete Schuldverhältnis überhaupt noch weiterbestehen kann.
Der unzureichenden Gesetzesregelung steht ein nicht bestreitbares praktisches Bedürfnis für den Eintritt in das gesamte laufende Vertragsverhältnis gegenüber. - Wird ein gewerbliches Unternehmen veräußert, ist der Erwerber an einer Übernahme der zum Fortbetrieb des Unternehmens notwendigen Lieferungs-, Miet-, Arbeits- und Versicherungsverträge dringend interessiert.

Das Gesetz kennt zwar den g e s e t z l i c h e n Übergang eines Schuldverhältnisses: Bei der Veräußerung eines dem Mieter schon überlassenen Mietgrundstückes tritt der Erwerber anstelle des Vermieters in das Mietverhältnis ein (§ 571 BGB). Eine entsprechende Anordnung enthält § 581 II BGB für die Grundstückspacht, § 1056 BGB bei Vermietung durch den Nießbraucher[3].
Weil das BGB über die Zulässigkeit einer gewillkürten Vertragsübernahme schweigt, wurde die Möglichkeit der Ablösung einer Vertragspartei und eines Eintritts des Übernehmers in die ganze Rechts- und Pflichtenstellung des Vorgängers verneint. Nach dieser Ansicht können Forderungsabtretung und Schuldübernahme zwar verbunden werden, es werden aber immer nur die mit diesen

1) vgl. Larenz, a.a.O.;
2) vgl. Larenz, a.a.O.;
3) Weitere Beispiele: §§ 1251 II BGB; 69, I, 151 II, 177 VVG: 57 ZVG; 19 MSchG;

Einzelakten verbundenen Wirkungen ausgelöst. Auch der Grundsatz der Vertragsfreiheit soll nicht weiterführen, da er für Verfügungsgeschäfte nicht gelte[1].
Heute ist anerkannt, daß die Übertragung der gesamten Rechtsstellung in einem Schuldverhältnis - die Vertragsübernahme - "durch einen auf diesen einheitlichen Erfolg gerichteten Vertrag herbeigeführt werden kann"[2]. Mit dem Übergang des Vertragsverhältnisses erlangt der Nachfolger in allem die Rechtsstellung des Vorgängers; er wird selbst zur Vertragspartei.

Diese Auffassung ist das Ergebnis einer dem Gesetz gegenüber freieren Haltung, die den Zweckgedanken in den Vordergrund rückt und so der Rechtsentwicklung dient, so lange der erstrebte Erfolg nicht vom Gesetz mißbilligt wird[3]. -

Das Übertragungsgeschäft scheitert auch nicht an § 305 BGB, der die Vertragsfreiheit bei einer inhaltlichen Veränderung des Schuldverhältnisses anerkennt; denn die Wirksamkeit einer gewillkürten Subjektänderung steht nach den Bestimmungen des BGB über die Abtretung und Schuldübernahme (§§ 398 ff, 414 ff BGB) außer Zweifel.

Die Vereinbarung, ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis von dem bisherigen Träger abzulösen und einem neuen Rechtssubjekt zuzuordnen, ist daher zulässig.- Fraglich ist jedoch, welche tatbestandlichen und sonstigen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit das Rechtsgeschäft Wirksamkeit erlangen kann; insbesondere ist zu prüfen, nach welchen Rechtsvorschriften sich der Übertragungsvorgang gestaltet.

b) Der Übernahmevorgang

Die Übertragung des Schuldverhältnisses ist vom Gesetz nicht

1) Planck-Siber, Vorb. 2a zu § 398; Oertmann, Vorb.6 zu § 398; Schollmeyer, § 398 Erl.2;
2) Lehmann, "Beiträge", 382 (387); vgl. Enn.-Lehmann, § 87 III 2, S. 350; Esser, SchuR, § 25,4; S. 79; Sieber, SchuR,S.218; Siber, Jher.Jb.70,223(297); doch nicht mit dem Hinweis auf die Vertragsfreiheit, vgl. S. 278; Larenz, 1962,I, § 31 III S. 348; Demelius,Jher.Jb.72,241(258 ff); vgl. auch schon v. Tuhr, I, S.131; 220; Hölder, Recht 1908, 469 (470);
3) Enn.-Lehmann, § 87 III 2, S. 350; Lehmann, "Beiträge",382 (386 ff); Esser, § 25, 4; S. 79; Larenz, SchuR, 1962,I, S. 348; Siber, Jher. Jb. 70, 223 (297).

als einheitlicher Vorgang geregelt. Forderungsabtretung und Schuldübernahme sind als isolierte Rechtsinstitute ausgestaltet.- Mit einer bloßen Verbindung der Abtretungs- und Übernahmeregeln können die weitergehenden Rechtswirkungen der Vertragsübernahme nicht erklärt werden[1].
Die für beide Institute geltenden Vorschriften müssen daher in sinnvoller Verbindung entsprechend angewendet werden[2].

Als einheitliches Verfügungsgeschäft erfordert die Vertragsübernahme eine auf diesen Rechtserfolg gerichtete Einigung der einen Vertragspartei mit dem sie ablösenden Dritten. Zwar greift diese Vereinbarung zugleich in einen fremden Rechtskreis ein; es wird über die Aktivstellung des verbleibenden Vertragsteils verfügt, dessen Position sich von jetzt an gegen einen neuen Partner richten soll. Diese Richtungsänderung kann ohne den Willen der betroffenen Partei nicht durchgesetzt werden[3] [4]. - Erteilt jedoch die verbleibende Vertragspartei ihre Zustimmung, so erlangt das für sie fremde Verfügungsgeschäft volle Wirksamkeit.
In entsprechender Anwendung des § 415 I BGB erfolgt die Genehmigung der zwischen dem ausscheidenden Partner und dem Übernehmer getroffenen, auf Übertragung des Schuldverhältnisses gerichteten Vereinbarung, nachdem der verbleibende Partner vom

---

1) a.A.: Soergel-Siebert-Schmidt, Vorb. 5 zu § 398; offenbar auch BGH NJW 61, 453 (454): "Es ist...eine rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme, ohne daß das alte Schuldverhältnis vernichtet wird, durch eine Verbindung von Abtretung und Schuldübernahme... möglich".
2) vgl. Larenz, SchuR,I,1962, § 31 III, S. 369; Lehmann,"Beiträge" 382 (388); Enn.-Lehmann, § 87 III 2, S. 351; Siber, SchuR,S. 218;
3) vgl. Larenz, SchuR I, 1962, § 31 I a, S. 339/340; Enn.-Lehmann, § 84 V, S. 338;
4) so nach der herrschenden Verfügungstheorie.- Nach der Mindermeinung, der sog. Angebotstheorie (vgl. Heck, SchuR, S. 223; Esser, SchuR, § 93, 2; Soergel-Siebert-Schmidt, § 415 A 2) hätte derVertrag zwischen dem ausscheidenden Partner und dem Übernehmer des Schuldverhältnisses hinsichtlich der Aktivstellung des verbleibenden Vertragsteils keinen Verfügungscharakter, sondern nur interne Bedeutung.- Die Vertragsübernahme gestaltet sich hiernach in Wahrheit zu einem Verfügungsgeschäft zwischen dem Übernehmer und dem verbleibenden Partner. Die Angebotstheorie entspricht nicht dem rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten. Sie ist deshalb abzulehnen. vgl. auch Enn.-Lehmann, § 84 V, S. 338; Erman-Westermann, § 415 A 1; Staud.-Werner § 415 II 3.

Vertragsschluß Mitteilung erhalten hat.
Die Zustimmung des anderen Vertragsteils kann aber nicht nur durch Genehmigung nach vorheriger Mitteilung, sondern auch schon vor Vertragsabschluß durch Einwilligung in die rechtsbeeinträchtigende Verfügung gegeben werden. Das folgt aus der allgemeinen Bestimmung des § 182 BGB, wo die Wirkungen der vorgängigen und nachträglichen Zustimmungserklärung einander gleichgestellt werden. § 415 BGB liefert keinen Grund für eine differenzierende Behandlung, obwohl lediglich die nachträgliche Zustimmung erwähnt ist.
So gelangt man zu dem Ergebnis, daß die Vertragsübernahme durch ein auf diesen einheitlichen Erfolg gerichtetes Rechtsgeschäft, das der ausscheidende Vertragsteil und der Übernehmer abschließen, herbeigeführt werden kann. Dieser Vorgang vollzieht sich durch analoge und kombinative Anwendung der Vorschriften über Abtretung und Schuldübernahme. Der Verfügungsvertrag bedarf zur Wirksamkeit der Zustimmung des verbleibenden Vertragsteils.

2) Vertragsübernahme und Übertragung der Mitgliedschaft

Ist der Gesellschafter einer OHG Partner eines Schuldverhältnisses, das durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages zwischen allen Gesellschaftern zustandegekommen ist, so müßte das für die Vertragsübernahme gewonnene Ergebnis auch auf die Frage der Übertragbarkeit der Mitgliedsstellung Anwendung finden.

Dabei darf allerdings der gemeinschaftsbegründende Charakter des Gesellschaftsvertrages nicht außer acht bleiben.

Die Vorschrift des § 717 S. 1 BGB[1)] betont die Sozialbezogenheit der Herrschafts- und Verwaltungsrechte; sie steht aber nicht entgegen, wenn die Gesamtheit der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten verbunden mit der Gesellschaftereigenschaft auf einen Dritten übertragen werden soll.

Für die Gesamthandszugehörigkeit des Gesellschafters bringt zwar § 719 BGB zum Ausdruck, daß der Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügbar ist. Diese Bestimmung schließt je-

1) für die OHG über § 105 II HGB anzuwenden.

doch nur die Möglichkeit einer Übertragung des Anteils an einen außenstehenden Dritten aus, der nicht zugleich Mitglied der OHG wird[1].
Ablösung der Gesamthänderstellung vom bisherigen Rechtsträger und Überleitung auf einen Dritten sind mit dem Wesen der Gesamthand nicht unvereinbar. Das wird durch § 2033 I BGB bestätigt, der ausdrücklich die Verfügung eines Erben über seinen Anteil an der Erbschaft zuläßt[2].
Die Übertragung des Anteils am Gesellschaftsvermögen auf einen Dritten, der zugleich Mitglied der OHG wird, ist daher mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter möglich[3].

Insgesamt verbietet also der gemeinschaftsbegründende Charakter des Gesellschaftsvertrages eine Übertragung der Mitgliedschaft nicht, wenn der Einzelwille unangetastet bleibt.

Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn alle Gesellschafter am Abschluß des auf Übertragung der Mitgliedschaft im Todesfall gerichteten Rechtsgeschäfts beteiligt sind.

Interessenwahrung und Berücksichtigung des Willens aller Gesellschafter können aber auch gewährleistet sein, wenn der betroffene Gesellschafter und der vorgesehene Nachfolger den Verfügungsvertrag abschließen. - Zwar beeinträchtigt diese Vereinbarung die Rechtssphäre der übrigen Gesellschafter; doch bleibt ihr Willens- und Interessenbereich unangetastet, wenn sie zu dem fremden Rechtsgeschäft ihre Zustimmung erteilen.

Es genügt daher ein auf den Übergang der Mitgliedschaft im Todesfall gerichtetes Rechtsgeschäft, das durch übereinstimmende Erklärungen des betroffenen Gesellschafters und des künftigen Nachfolgers zustandekommt. Zur Wirksamkeit ist die Zustimmung der übrigen Gesellschafter erforderlich; insoweit finden die §§ 182 ff BGB Anwendung.

---

1) vgl. Hueck, OHG, § 27 II 2; Staud.-Keßler, § 717 A 3;
2) Hier kommt in einem anderen Rechtsinstitut ein "gemeinsames Gedankenelement" der gesamten Hand zum Ausdruck; vgl. O.v.Gierke, "Genossenschaftstheorie", S. 243;
3) h.M.; vgl. Hueck, OHG, § 27 II 2; ders., JZ 54, 504 (505); BGH JZ 54, 503; Würdinger, Gesellschaften I, S. 61; Staud.-Keßler, §§ 717 A 3; 736 A 15; 719 A 4; Dür.-Hach.-Geiler II 1 A 296; Dür.-Hach.-Fl. II 2 § 130 A 5.

Die Rechtsgestaltung der Übertragung der Mitgliedschaft lehnt sich somit an die für die Vertragsübernahme herausgestellten Regeln an[1].

3) Einschränkung der Gestaltungsfreiheit durch den "besonderen Rechtscharakter" der Personengesellschaft?

Dieses Ergebnis wird weitgehend nicht anerkannt. Die meisten Autoren halten eine echte Mitgliedschaftsübertragung im Verhältnis zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger für unmöglich. Nach dieser Meinung muß die "Übertragung des Gesellschaftsanteils"[2] mit der "Aufnahme" des neuen Gesellschafters verbunden werden. - Außer dem Rechtsgeschäft zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und dem Nachfolger sei ein weiteres erforderlich, das letzterer mit den übrigen Gesellschaftern abzuschließen habe (Theorie der zwei Verträge)[3].

Andere Autoren lehnen die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft überhaupt ab. Danach gibt es lediglich ein der Übertragung der Gesellschafterstellung wirtschaftlich ähnliches Ergebnis, wenn der einzelne Gesellschafter mit seinen bisherigen Partnern sein Ausscheiden vertraglich vereinbart und der vorgesehene Nachfolger unter Einbringung des von seinem Vorgänger erworbenen "Vermögensanteils"[4] durch Vertragsabschluß mit den übrigen Gesellschaftern seinen Eintritt in die OHG erwirkt (Theorie der drei Verträge)[5].

Beide Gegenmeinungen verweisen in ihrer Begründung insbesondere auf den eigengearteten Rechtscharakter der Personengesellschaft.

---

1) so bereits im Ergebnis, wenn auch ohne Begründung: Schumann, HR I, S. 261; ders., Rechtsp.d.Wirtsch., 1944, 151 (153); Krückmann, Jher.Jb. 74, 69 (71); Siebert, GV u. ErbR, 1954, S. 17; vgl. auch RG WarnRspr. 1914 Nr. 179;
2) Hueck, JZ 54, 504 (505);
3) vgl. ausführlich unten S.166ff; dort auch Hinweise auf Lit. u. Rspr.
4) Buchwald, BB 55, 52/53;
5) vgl. ausführlich unten S.165ff; dort auch Hinweise auf das Schrifttum.

a) "Übertragung" als Verbindung von Austritt und Eintritt; Theorie der drei Verträge

Gesellschafter A, der seine Mitgliedschaft auf D "übertagen" will, trägt den Gesellschaftern B und C die Lösung des Gesellschaftsverhältnisses A, B, C an; denselben Personen macht der Eintrittswillige D ein Angebot auf Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages B, C, D. A tritt seine "Vermögensbeteiligung" an D ab, die dieser auf Grund des neuen Vertragsverhältnisses in die Gesellschaft einbringt[1].

Es sind keine einheitlichen Gründe, die das komplizierte Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsgeschäfte erforderlich machen sollen.
Ursprünglich stützte sich die Argumentation auf § 717 BGB. Diese Vorschrift soll - jedenfalls für die OHG - nicht derartig nachgiebigen Rechts sein, daß gesellschaftsvertraglich die Mitgliedsstellung übertragbar gemacht werden könnte; das widerspreche der persönlichen Bindung in der OHG[2].

Neuerdings wendet sich Buchwald[3] gegen die "Abtretung eines Gesellschaftsanteils", weil ein solcher an einer Personengesellschaft - im Gegensatz zum Anteil an einer GmbH - nicht existiere, und folgert daraus, bei der Personengesellschaft könne es nur das "Ausscheiden eines Gesellschafters aus der vertraglichen Bindung und den Eintritt eines neuen Gesellschafters" "in die schuldrechtliche Verbindung" der Gesellschafter "unter Übernahme des Vermögensanteils des Ausscheidenden" geben.
Dieser Schluß überzeugt jedoch nicht.

Der Hinweis, daß es nur an einer Kapitalgesellschaft "Gesellschaftsanteile" gebe, vermag nicht zu begründen, daß die

---

1) vgl. Buchwald, BB 55, S. 52 (53); ähnlich Zitelmann, Jher. Jb. 73, 185 (190 ff; 192 ff): die "Übertragbarkeitsklausel" beinhaltet dabei entweder einen Vorvertrag zwischen den Gesellschaftern zugunsten des Neueintretenden oder ein unmittelbares Vertragsangebot an diesen. - vgl. im Ergebnis: Staub, § 109 A 17a; 19; Haupt-Reinhardt, S. 41, 69; v. Godin, JR 48, 61 (65); Larenz, SchuR II, 1962, S. 269; Holch, S. 130;
2) vgl. Staub, § 109 A 17a; 19; Zitelmann a.a.O., S. 187/188; im Ergebnis Haupt-Reinhardt, S. 69; 41;
3) BB 55, 52 (53).

Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft nicht übertragbar sei. - Wenn an einer Personengesellschaft keine "Gesellschaftsanteile" bestehen, so folgt daraus nicht, daß begrifflich und rechtlich nur das Ausscheiden aus der Gesellschaft und der Eintritt in dieselbe in Betracht kommen.

Gegenstand der Übertragung kann nicht nur der Gesellschaftsanteil sein - wie er im Bereich der Kapitalgesellschaft zu finden ist, - sondern auch die Mitgliedsstellung in einer Personengesellschaft, respektive in der OHG.- Der Argumentation Buchwalds kann daher nicht zugestimmt werden.

Der Hinweis auf den angeblich unnachgiebigen Charakter des § 717 BGB vermag die Gegenmeinung ebenfalls nicht zu stützen. Das Gesetz anerkennt und schützt die persönliche Bindung in der Personengesellschaft; dieses Schutzes bedürfen die Gesellschafter nicht, wenn sie durch übereinstimmende Willensbekundung von der Gesetzesregelung abweichen wollen. Das gilt gemäß § 105 HGB auch für die OHG.

Die "Theorie der drei Verträge" hält daher einer Nachprüfung nicht stand; ihre Begründung ist nicht überzeugend; das Zusammenwirken der verschiedenen Rechtsgeschäfte erscheint in seiner Konstruktion gekünstelt und in der Wirkweise schwerfällig.

b) "Übertragung" als Verbindung von Abtretung und Aufnahme; Theorie der zwei Verträge

In Rechtsprechung und Schrifttum heißt es, "eine echte Übertragung der Mitgliedschaft, also eine Rechtsnachfolge des Neueintretenden in die mitgliedschaftliche Rechtsstellung des Ausscheidenden mit allen hiermit verbundenen Rechten und Pflichten" sei rechtlich "möglich und zulässig"[1]. -

1) so Staud.-Keßler, § 736 A 15; ähnlich Dür.-Hach.-Geiler II 1 A 296; Dür.-Hach.-Fl. II 2, § 130 A 5 u. 6; vgl. auch Hueck, OHG, § 27 II 3; ders., JZ 54, 504 (505); ders., ZHKR 83, 1 (33); Wieland I S. 661; Würdinger I S. 69; (unklar: deutet auf eine Verbindung von Austritt und Eintritt; vgl. dagegen S. 68;) - Schlegelb.-Geßler § 130 A 15; Weipert in RGRK § 130 A 4; Lehmann, GesR S. 100; 138; Schumann, Rsp.d.W. 44,151,(153);

Der ausscheidende Gesellschafter soll seine "Mitgliedschaft als Ganzes" mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter "auf den in die Gesellschaft Aufzunehmenden" übertragen können[1].

Dennoch kann der Dritte nach überwiegender Meinung allein durch diese Verfügung die Gesellschaftereigenschaft nicht erlangen. "Hierzu ist der Abschluß eines Aufnahmevertrages notwendig"[2].

Dieser soll zwischen den bisherigen Mitgliedern und dem neueintretenden Gesellschafter zustandekommen[3].

Die "Theorie der zwei Verträge" wird damit begründet, daß "ohne Aufnahme in die Gesellschaft" ein "Erwerb des Gesellschaftsanteils" nicht möglich sei. - "Erwerb des Gesellschaftsanteils" im Wege der Abtretung und "Aufnahme des Erwerbers in die Gesellschaft" werden unterschieden und als voneinander zu trennende Rechtsgeschäfte behandelt, die nur durch ihr Zusammenwirken den erstrebten Rechtserfolg herbeiführen können.

---

v.Tuhr I S. 361; Krückmann, Jher. Jb. 74, 69 (70); Enn.-Lehmann § 182 III, S. 760; BGH JZ 54, 503; betrachtet den "Erwerber des Gesellschaftsanteils als Rechtsnachfolger des ausscheidenden Gesellschafters.- vgl. aber auch schon RG in WarnRspr 1914, Nr. 179; RGZ 57, 414 (415); RGZ 92, 163 (166/167); RGZ 92, 398 (400); RG in LZ 1921, 617;

1) Staud.-Keßler a.a.O.;
2) Staud.-Keßler a.a.O.; Hueck, OHG, § 27 II 2; ders., JZ 54,504 (505); - BGH JZ 54, 503; (allerdings unklar; wenn jedoch der BGH von der "Ermächtigung" des ausscheidenden Gesellschafters spricht, "die mit der Abtretung des Gesellschaftsanteils verbundene Änderung des Gesellschaftsvertrages vorzunehmen und im Einverständnis mit dem Erwerber diesen an seine Stelle als Partner des Gesellschaftsvertrages einzuführen", so kann hieraus entnommen werden, daß der BGH den Abschluß eines Aufnahmevertrages für notwendig hält.) - Wieland I S. 658; Würdinger I S. 69: "Die Übertragung des Gesellschaftsverhältnisses" stellt "einen Vertrag des Eintretenden mit den übrigen Gesellschaftern dar". - RGZ 92, 163 (166); Dür.-Hach.-Fl. II 2 § 130 A 7; Lehmann, GesR S. 100; 145; Enn.-Lehmann, § 182 III S. 760;
3) Dür.-Hach.-Fl. a.a.O.; Hueck, OHG, a.a.O.; Staud.-Keßler § 736 A 15;- der Gesellschafter, der seinen "Anteil" veräußert, kann bevollmächtigt sein, den Aufnahmevertrag für die übrigen Gesellschafter abzuschließen; vgl. die vorgenannten Autoren.

Die "Abtretung des Gesellschaftsanteils"wird dabei in Wahrheit als Abtretung des Anteils am Gesellschaftsvermögen verstanden[1]. - Da sich dieser Anteil nicht in der Hand eines Nichtgesellschafters befinden kann, muß, so wird argumentiert, der Erwerber in die OHG aufgenommen werden[2]. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters setze aber stets den Abschluß eines Aufnahmevertrages mit den übrigen Gesellschaftern voraus. Die "Übertragung des Gesellschaftsanteils in diesem Sinne" sei die Übertragung der Mitgliedschaft als solcher[3].

Die Argumentation der überwiegenden Meinung bedarf der Überprüfung.

Zunächst kann von einer echten Übertragung der Mitgliedschaft nicht gesprochen werden, wenn als Gegenstand des auf Übertragung gerichteten Rechtsgeschäfts lediglich der Anteil am Gesellschaftsvermögen betrachtet wird[4]. - Dieser ist begrifflich enger als die mitgliedschaftliche Rechtsstellung schlechthin.

Der Hinweis auf die enge und notwendige Verbindung zwischen dem Anteil am Gesellschaftsvermögen und der "Mitgliedschaft

1) vgl. Hueck, OHG § 27 II 1,3; ders., JZ 54, 504 (505); BGH JZ 54, 503: Das Urteil bezieht sich für die "Abtretung des Gesellschaftsanteils" immer nur auf § 719 BGB. - vgl. Staud.-Keßler § 719 A 5: Identität zwischen "Gesellschaftsanteil" und dem "Anteil an dem Gesellschaftsvermögen".
2) vgl. - auch zum folgenden - Hueck, JZ 54, 504 (505);
3) Hueck, OHG, § 27 II 2;
4) Deshalb räumt Flechtheim - Dür.-Hach.-Fl. § 130 A 5 - ein: "Man kann das als eine Übertragung der Mitgliedschaft bezeichnen, muß sich aber gegenwärtig halten, daß die Identität der Mitgliedschaft des ausgeschiedenen Gesellschafters und des neuen nur eine beschränkte ist". Gleichwohl wird auch hier von der "Übertragung der Mitgliedschaft" gesprochen, obwohl es lediglich heißt, der neue Gesellschafter müsse "in allen Teilen die vermögensrechtliche Gesellschaftsstellung seines Vorgängers in der Gesellschaft übernehmen". (Vgl. § 130 A 6) - Nach Dür.-Geiler A 296 und Staud.-Keßler § 736 A 16 erlöschen die Rechte und Pflichten, die nach dem Gesellschaftsvertrag mit der Person des Vorgängers verknüpft sind. Das Recht zur Geschäftsführung geht nicht auf den Nachfolger über. - Hier gewinnt man das Bild, daß es sich am Ende doch nicht um eine "echte Rechtsnachfolge des Neueintretenden in die mitgliedschaftliche Rechtsstellung des Ausscheidenden mit allen hiermit verbundenen Rechten und Pflichten" handelt.

bei der OHG"[1] könnte zwar so ausgelegt werden, die personenrechtliche Mitgliedsstellung sei in dem Sinne akzessorisch, daß sie mit dem "Anteil am Gesellschaftsvermögen" auf den Partner des Abtretungsvertrages übergehe. - Doch steht entgegen, daß der personenrechtliche Teil der Mitgliedschaft kein bloßes Akzessorium der Gesamthandszugehörigkeit ist. - Eine solche Deutung vertrüge sich auch nicht mit der weiteren Behauptung, der neue Gesellschafter könne nur durch den Abschluß eines Aufnahmevertrages "in unmittelbare vertragliche Beziehungen zu jedem einzelnen der übrigen Gesellschafter" treten[2]. Falls nämlich die personenrechtliche Mitgliedsstellung auf den Erwerber des "Anteils am Gesellschaftsvermögen" übergeht, bleibt die Rechtsstellung in der OHG insgesamt "dieselbe". Eines auf die Begründung vertraglicher Beziehungen zu den übrigen Gesellschaftern gerichteten Aufnahmevertrages bedarf es dann nicht.

Wie bei der Vertragsübernahme der Übernehmer in unmittelbare schuldrechtliche Beziehungen zu dem verbliebenen Vertragsteil tritt, ohne daß dieser selbst vertraglich beteiligt zu sein braucht[3], so bewirkt der Übergang der Mitgliedsstellung auf Grund eines Verfügungsvertrages[4] zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und seinem Nachfolger die Herstellung eines unmittelbaren vertraglichen Verhältnisses zwischen dem neuen und den bisherigen Gesellschaftern.

Der Abschluß eines Aufnahmevertrages kann nicht deswegen gefordert werden, weil die Übertragung der Mitgliedschaft zu einer "Veränderung im Gesellschafterbestand und damit zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages" führe[5]. - Auch die

---

1) Hueck, JZ 54, 504 (505);
2) Hueck, a.a.O.
3) allerdings ist seine Zustimmung zu dem für ihn fremden Übertragungsgeschäft erforderlich; vgl. oben S.161/162;
4) dem die übrigen Gesellschafter zugestimmt haben.
5) Hueck, JZ 54, 504 (505); - mit diesem Hinweis lehnt Siebert - StbJb. 55/56, 300 (314) - die Möglichkeit einer echten Übertragung der Mitgliedsstellung ab; anders ders., - GV u. ErbR, 1954, S. 17 - : "Die Übertragung vollzieht sich allein durch Einigung zwischen dem bisherigen und dem neuen Gesellschafter. Die übrigen Gesellschafter brauchen keinen Aufnahmevertrag abzuschließen".

Übertragung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft zwischen dem ausscheidenden Vertragsteil und dem Übernehmer hat eine "Änderung" des ursprünglichen Schuldvertrages zur Folge, - in dem Sinne, daß anstelle der bisherigen Vertragspartei ein Dritter in dieselbe Rechtsstellung einrückt. Der Abschluß eines Schuldvertrages mit dem verbliebenen Vertragsteil ist nicht erforderlich.
Ebenso wenig zwingt die mit der Übertragung der Mitgliedsstellung verbundene "Abänderung" des Gesellschaftsverhältnisses die übrigen Gesellschafter zu einer vertraglichen Teilnahme.

Allerdings ist die Vorschrift des § 305 BGB zu berücksichtigen. - Danach ist zur "Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses" ein "Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt". Hieraus könnte für die Übertragung der Mitgliedsstellung gefolgert werden, daß die "Inhaltsänderung" des Gesellschaftsvertrages eine vertragliche Mitwirkung der übrigen Gesellschafter notwendig mache.
Diese Problematik stellt sich bereits bei der Übertragung eines einfachen Schuldverhältnisses. - Dort taucht die Frage auf, ob sich der Wechsel von Gläubiger und Schuldner durch Forderungsabtretung (§§ 398 ff BGB) oder Schuldübernahme (§§ 414 ff BGB) bzw. der Wechsel einer Vertragspartei durch Vertragsübernahme als "Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses" darstellt. Die Antworten hierauf sind unterschiedlich[1].

1) vgl. v. Tuhr, II, 1, S. 96, der die Änderung des Inhalts eines Rechtsverhältnisses von der Änderung der am Rechtsverhältnis beteiligten Personen unterscheidet; vgl. auch Siber, Jher.Jb.70, 223 (297); vgl. Larenz, SchuR I, 1962, § 31 I a, S. 339: bei der Schuldübernahme richtet sich dieselbe Forderung fortan gegen den Übernehmer. "Es tritt, ohne Änderung des Inhalts, ein Wechsel in der Person des Verpflichteten ein" - vgl. Erman-Groepper, § 305 A 3a: Der Wechsel von Gläubiger oder Schuldner durch Forderungsabtretung oder Schuldübernahme wird als "Vertragsänderung im weiteren Sinne" bezeichnet; so auch Pal.-Danckelmann, § 305 A 2 a.E.- vgl. Enn.-Lehmann § 42 I 1, S. 185: Danach liegt eine Inhaltsänderung auch im Wechsel der Subjekte durch Forderungsabtretung und Schuldübernahme. - Gemeint ist wohl auch hier eine Inhaltsänderung i.w.S., da auf die "Reihe einzelner Vorschriften" verwiesen wird, die "neben den allgemeinen Bestimmungen des § 305" eine Inhaltsänderung anerkennt.

- Die Frage kann letztlich dahinstehen; entscheidet man sich für eine "Vertragsänderung im weiteren Sinne"[1], so finden doch die besonderen Vorschriften über die Forderungsabtretung (§§ 398 ff BGB) und die Schuldübernahme (§§ 414 ff BGB) Anwendung, da sie der allgemeinen Bestimmung des § 305 BGB vorgehen[2]. - Zulässigkeit und rechtliche Gestaltung der Vertragsübernahme beantworten sich aus der analogen und kombinativen Anwendung dieser Gesetzesvorschriften[3].

Für die Übertragung der Mitgliedsstellung kann nichts anderes gelten. Ihre rechtliche Gestaltung lehnt sich an die für die Vertragsübernahme herausgestellten Rechtsregeln an. Eine vertragliche Mitwirkung der übrigen Gesellschafter kann daher mit dem Hinweis auf § 305 BGB nicht gefordert werden. Es genügt vielmehr ein auf den Übergang der Mitgliedsstellung gerichtetes Verfügungsgeschäft zwischen dem durch Tod ausscheidenden Gesellschafter und seinem künftigen Nachfolger, zu dem die übrigen Gesellschafter ihre Zustimmung erteilen[4].

Zusammenfassend ist zu sagen, daß eine "echte Übertragung der Mitgliedschaft und die Notwendigkeit eines Aufnahmevertrages" "miteinander unvereinbar" sind[5].
Die Theorie der zwei Verträge ist rechtskonstruktiv undurchsichtig. Weitgehend wird der Eindruck vermittelt, als sei Gegenstand der Übertragung und damit des Rechtsverkehrs einzig der Anteil am Gesellschaftsvermögen. Das rechtliche Schicksal des personenrechtlichen Teils der Mitgliedschaft bleibt unklar. - Eine echte Übertragung der Gesellschafterstellung kann auf diese Weise nicht überzeugend erklärt werden.

V) Spezielle Wirksamkeitsvoraussetzungen der Rechtsgestaltungsarten

Die Frage, ob eine Übertragung der Mitgliedsstellung unter Lebenden zulässig und möglich ist, betraf sowohl die Verfü-

1) vgl. Erman-Groepper a.a.O.; Pal.-Danckelmann a.a.O.;
2) vgl. auch Enn.-Lehmann § 87 I 2, S. 351 für die Frage, ob beim Schuldverhältnis die gewillkürte Subjektänderung zulässig sei.
3) vgl. bereits oben S.160 ff;
4) vgl. oben S.162;
5) Siebert, StbJb. 55/56, 300 (314); vgl. ders., GV u. ErbR, 1954, S. 17.

gung aller Gesellschafter mit Wirkung für einen Dritten als auch den Verfügungsvertrag unter Abschlußbeteiligung des vorgesehenen Nachfolgers.
Beide Rechtsgeschäfte weisen aber auch eine Reihe nicht gemeinsamer Wirksamkeitsvoraussetzungen auf; das muß für die Ordnung der Darstellung berücksichtigt werden.
Zunächst werden daher die besonderen Voraussetzungen untersucht, die zur Wirksamkeit des Verfügungsvertrages zwischen dem betroffenen Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger gegeben sein müssen: Der Gesellschafter, der seine Mitgliedschaft überträgt, muß verfügungsbefugt sein. - Das Übertragungsgeschäft selbst darf nicht an § 2301 BGB scheitern.

Dann werden die speziellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verfügung mit Drittwirkung aufgezeigt.

1) Verfügung unter Beteiligung des vorgesehenen Nachfolgers

a) Verfügungsbefugnis des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters

Die Frage der Verfügungsbefugnis des Gesellschafters, der seine Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft mit dem zukünftigen Nachfolger mit Wirkung auf den Todesfall überträgt, ist bereits mehrfach berührt worden. - Nur wenn die übrigen Gesellschafter zustimmen, kann ein Übertragungsgeschäft, das der einzelne Gesellschafter mit einer gesellschaftsfremden Person abschließt, den in den §§ 717, 719 BGB angeordneten Ausschluß der Verfügbarkeit der Gesellschafterstellung überwinden[1]. Das Zustimmungserfordernis folgt auch aus den für die Vertragsübernahme geltenden Rechtsregeln, an die sich die Übertragung der Mitgliedschaft rechtskonstruktiv anlehnt, weil die Gesellschafterstellung selbst Schuldverhältnis ist[2]. - Die Notwendigkeit eines Einverständnisses der übrigen Gesellschafter übt Schutz- und Abwehrfunktion aus. Eingriffe in

1) vgl. oben S. 162;
2) vgl. oben S. 163/164;

das zwischen allen Gesellschaftern bestehende Vertragsverhältnis sollen verhindert, die Verletzung rechtlich geschützter Interessen soll vereitelt werden.
Der Schutz der übrigen Gesellschafter bedeutet für den, der seine Mitgliedschaft überträgt, eine Einschränkung seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit. Der einzelne Gesellschafter ist zu einer Verfügung über seine Mitgliedsstellung rechtlich allein nicht in der Lage. Ihm fehlt insoweit die Verfügungsmacht. Er kann nicht rechtswirksam allein seine Gesellschafterstellung übertragen, weil er zugleich in die Rechtsstellung der übrigen Gesellschafter eingreift, die seiner Verfügung nicht zugänglich ist.
Die Verfügungsmacht des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters ist somit Wirksamkeitsvoraussetzung des Übertragungsgeschäfts, an dessen Abschluß der künftige Nachfolger beteiligt ist.

Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Zustimmung der übrigen Gesellschafter gemäß §§ 182 ff BGB den Mangel der Verfügungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters beseitigt.
Die Ermächtigung zur Übertragung der Mitgliedschaft kann bereits in der Fortsetzungsklausel des Gesellschaftsvertrages zum Ausdruck kommen; sie gilt in den Grenzen, welche die Gesellschaftergemeinschaft durch eine mehr oder wenige intensive Ausübung des personellen Bestimmungsrechts abgesteckt hat.

b) Vereinbarkeit der Verfügung mit § 2301 BGB

Das Übertragungsgeschäft, das unter Beteiligung des künftigen Nachfolgers zustande kommt, könnte an der Vorschrift des § 2301 I BGB scheitern.
Das BGB unterwirft unentgeltliche Zuwendungen von Vermögenswerten in ihrer förmlichen und sachlichen Behandlung besonderen - erbrechtlichen - Normen, wenn sie lediglich für den Fall des Todes des Zuwendenden und des Überlebens des Bedachten gewollt sind und erst mit diesem Zeitpunkt wirksam werden sollen.

Für Rechtsgeschäfte dieses typisch erbrechtlichen Charakters ist grundsätzlich das Recht der Verfügungen von Todes wegen maßgeblich, das durch einen Form- und Typenzwang gekennzeichnet ist. Die rechtlichen Interessen der am Nachlaß des Verstorbenen Beteiligten sind in besonderer Weise geregelt.

§ 2301 BGB erkennt daher eine nur für den Fall des Überlebens des Bedachten schuldrechtlich versprochene, noch nicht durch Leistung vollzogene unentgeltliche Zuwendung nicht als Rechtsgeschäft unter Lebenden an, sondern weist sie dem Recht der Verfügungen von Todes wegen zu. Sind die erbrechtlichen Formvorschriften[1] nicht gewahrt, ist der ganze Zuwendungsakt wegen Formmangels nichtig.
Auf diese Weise sollen Rechtsgeschäfte unter Lebenden verhindert werden, die unter Umgehung erbrechtlicher Formvorschriften und auf Kosten geschützter Interessen der Nachlaßbeteiligten spezifisch erbrechtliche Wirkungen herbeiführen wollen[2] [3].

Es fragt sich, ob der Verfügungsvertrag zwischen dem durch Tod ausscheidenden Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger wegen § 2301 I BGB unwirksam ist.
Die Beteiligten verfolgen in der Form und in der Wirkung eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden erbrechtliche Ziele. Die Zuwendung der Mitgliedschaft ist nur für den Fall des Todes des verfügenden Gesellschafters und des Überlebens des künftigen Nachfolgers gewollt. Sie erfolgt in der Regel unentgeltlich.

Unter den Wortlaut des § 2301 I BGB fallen zwar nur schuldrechtliche Zuwendungsvereinbarungen, so daß ein Verfügungsvertrag mit Wirkung auf den Todesfall nicht betroffen wäre. -
Der Vorschrift des § 2301 BGB kommt jedoch allgemeinere Bedeutung zu[4]. Die Bestimmung will Zuwendungen ohne sofortige Entäußerung von vollzogenen Vermögensopfern unterscheiden[5]. -

---

1) Erbeinsetzungs- oder Vermächtnisvertrag gem. §§ 2275/2276 BGB; evtl. Konversion in privatschriftliches Testament; vgl. OLG Karlsruhe in JFG, 9, 87 (89/90); Pal.-Keidel,1962, § 2301 A 2;
2) vgl. Bartholomeyczik, ErbR, § 59 I 1, S. 384; Erman-Hense, 1962, § 2301 A 1 BGB;
3) Pflichtteilsberechtigte und sonstige Nachlaßgläubiger sind durch Zuwendungen des Erblassers, die als Rechtsgeschäfte unter Lebenden vorgenommen werden, ungünstiger gestellt als durch solche Zuwendungen, die in den Formen des Rechtsgeschäfts von Todes wegen erfolgen. - vgl. Staud.-Boehmer, Einl. § 24 Bem. 4; 17-22;
4) vgl. Wieacker, Festschrift für H. Lehmann, S. 271 (280): ent-

Die Regelung des § 2301 I BGB muß daher auf alle Rechtsgeschäfte unter Lebenden Anwendung finden, mit denen spezifisch erbrechtliche Wirkungen erzielt werden sollen.
Stellen sich Zuwendungsgeschäfte auf den Todesfall als Ausführung einer Schenkungsabrede dar, so ist § 2301 BGB seinem Grundgedanken nach heranzuziehen[1].
§ 2301 I BGB ist daher entsprechend anzuwenden, wenn ein Gesellschafter über seine Mitgliedschaft mit Wirkung auf den Tod verfügt. - Folglich wäre die unentgeltliche Zuwendung nach erbrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen; insbesondere müßten die erbrechtlichen Formen gewahrt sein.

Doch finden gemäß § 2301 II BGB die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung, wenn der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht. - Der Vertrag mit dem vorgesehenen Nachfolger wäre daher als Rechtsgeschäft unter Lebenden wirksam, wenn die Übertragung der Mitgliedschaft als "vollzogen" i.S. des § 2301 II BGB angesehen werden könnte.
Ein Vollzug durch "Leistung des zugewendeten Gegenstandes" liegt vor, wenn der Erblasser bereits zu Lebzeiten ein Opfer aus seinem Vermögen erbracht hat und der Bedachte hierdurch das Vollrecht, zumindest aber eine sichere Erwerbsanwartschaft[2] erworben hat, die gegen tatsächliche und rechtliche Beeinträchtigungen durch den Erblasser und seine Gläubiger geschützt ist[3] und sich nach dem Erbfall selbständig, auch gegen den Willen der Erben, zum Vollrecht entwickelt[4].

---

sprechend anzuwenden auf eingeleitete Handschenkungen; - zustimmend: Staud.-Dittmann, 1960, § 2301 A 5; vgl. auch: Staud.-Boehmer, Einl § 26 A 1; Kipp-Coing, ErbR, 1960, § 81 I 4, S. 340; Enn.-Lehmann, § 120 IV b, S. 492;
5) Wieacker, a.a.O. S. 280;

1) Kipp-Coing, ErbR, 1960 § 81 III, S. 343;
2) Der Erbe erlangt vor dem Erbfall nur eine tatsächliche Erwerbsaussicht, die - abgesehen von den Fällen der §§ 2287, 2288 BGB - keinen Schutz gegen rechtliche und tatsächliche Einwirkungen des Erblassers auf den Gegenstand der letztwilligen Zuwendung bietet.
3) §§ 161, 162; 160, 823, 249 ff BGB;
4) vgl. Siebert, GV u. ErbR, 1954, S. 11; 18; ders. NJW 55, 809 (812); Kipp-Coing, § 81 II 2c, S. 341/342; Erman-Hense, 1962, § 2301 A 3; Böhmer, RG-Festgabe III, 216 (293, 295, 296); Staud.-Boehmer, Einl § 26 A 13, A 16 mit weiteren Nachw; Boehmer, "Grundlagen", II 2, S. 86; Pal.-Keidel, 1962, § 2301 A 3b;c; LGB-RGRK, 10.Aufl., § 2301 A 5; Küster, DNotZ 56, 460 (463); Staud.-Lehmann, Vorb. 13 zu § 1937; Staud.-Dittmann, § 2301 A 16 ff; Bartholomeyczik, ErbR, § 59 III 2, S. 386/387;

Es ist daher nicht erforderlich, daß der Leistungsvollzug zu Lebzeiten des Erblassers völlig abgeschlossen worden ist und schon vor dem Tode volle Rechtswirkung erlangt hat. Es genügt, wenn der Vollzugstatbestand soweit fortgeführt wird, daß seine Vollendung vom Erblasser selbst nicht mehr aufgehalten werden kann. - Stirbt der Erblasser, treten die Erben in seine Rechtsstellung; sie müssen die Vollendung des Erwerbs gegen sich gelten lassen[1].

Diese an den "Vollzug" i.S. des § 2301 II BGB zu stellenden Anforderungen sind erfüllt, wenn der einzelne Gesellschafter die Mitgliedschaft durch seinen Tod befristet und das Überleben des vorgesehenen Nachfolgers aufschiebend bedingt auf diesen überträgt. Die Verfügung kann weder durch gegenteilige Rechtsgeschäfte noch durch Maßnahmen der Gläubiger beeinträchtigt werden (§ 161 BGB). Der einzelne Gesellschafter bringt bereits zu seinen Lebzeiten ein Vermögensopfer, denn er wird durch die aufschiebend bedingte Verfügung in seiner weiteren Rechtsmacht eingeschränkt. Der künftige Nachfolger erwirbt hierdurch unter Lebenden eine feste Anwartschaft, die sich mit dem Tode des Gesellschafters selbständig zum Vollrecht entwickelt.

Die Zuwendung der Mitgliedschaft muß daher als bereits zu Lebzeiten des Erblassers vollzogen angesehen werden; sie ist gemäß § 2301 II BGB als Rechtsgeschäft unter Lebenden zu behandeln.

Die Vorschrift des § 2301 I BGB steht somit nicht entgegen, wenn der einzelne Gesellschafter über seine Mitgliedschaft mit Wirkung auf den Todesfall verfügt und der vorgesehene Nachfolger am Abschluß des Vertrages beteiligt ist.

Zusammenfassendes Ergebnis

Die Mitgliedschaft eines Gesellschafters kann im Todesfall auch außerhalb des Erbrechts unmittelbar auf den Nachfolger übergehen.

Durch Verfügungsvertrag zwischen dem durch Tod ausscheidenden Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger kann die Fort-

1) Boehmer, in RG-Festgabe III, S. 299.

setzung der Mitgliedschaft des Verstorbenen erreicht werden.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen eines solchen Vertrages werden nur im Einzelfall erfüllt sein; die Notwendigkeit einer frühzeitigen und vollgültigen Ausübung des personellen Bestimmungsrechts, die rechtliche Bindung des verfügenden Gesellschafters und die vorzeitige Billigung der eigenen Nachfolgeschaft durch den künftigen Gesellschafter setzen der Rechtsgeltung des Verfügungsvertrages von vornherein Grenzen.

Inwieweit bereits der Gesellschaftsvertrag tatbestandliche Voraussetzungen des Verfügungsgeschäfts erfüllt, vermag nur eine sorgfältige Ausdeutung aller hierfür in Betracht kommenden Umstände zu beantworten.

- Liegt der äußere Errichtungsakt einer rechtsgeschäftlichen Verfügung mit Wirkung auf den Todesfall vor, so braucht die rechtliche Anerkennung nicht versagt zu werden.
Die Übertragung der Mitgliedschaft unter Lebenden ist zulässig und möglich. Es genügt ein auf den Übergang der Mitgliedschaft gerichtetes Rechtsgeschäft, das durch übereinstimmende Erklärungen des ausscheidenden und des künftigen Gesellschafters zustandekommt. Zur Wirksamkeit ist die Zustimmung der übrigen Gesellschafter erforderlich. Die Rechtsgestaltung lehnt sich an die für die Vertragsübernahme geltenden Regeln an. -

Der Verfügungsvertrag scheitert auch nicht an seinen speziellen Wirksamkeitsvoraussetzungen: Die Zustimmung der übrigen Gesellschafter gemäß §§ 182 ff BGB beseitigt den Mangel der Verfügungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters.
- Die Vorschrift des § 2301 I BGB steht nicht entgegen, wenn über die Mitgliedschaft aufschiebend bedingt durch das Überleben des künftigen Nachfolgers und befristet durch den Tod des derzeitigen Gesellschafters verfügt wird. Die Zuwendung gilt als bereits zu Lebzeiten des Erblassers vollzogen und wird gemäß § 2301 II BGB als Rechtsgeschäft unter Lebenden behandelt.

2) Verfügung mit Wirkung für den vorgesehenen Nachfolger

Auch die Verfügung aller Gesellschafter über die Mitgliedschaft mit Wirkung für den künftigen Nachfolger weist spezielle Voraussetzungen auf, die erfüllt sein müssen, wenn diese Gestaltungsart rechtlich anerkannt werden soll.

Soll einem Dritten mit unmittelbarer Wirkung eine Rechtsposition zugewandt werden, ohne daß dieser selbst an dem Zuwendungsgeschäft beteiligt ist, so taucht die Frage auf, ob Verfügungsverträge zugunsten Dritter überhaupt möglich und zulässig sind. - Wird berücksichtigt, daß der Nachfolger mit der Gesellschafterstellung auch Pflichten und Bindungslagen übernimmt, denen der verstorbene Vorgänger in der OHG unterlag, so darf nicht übersehen werden, daß Verträge zu Lasten Dritter als mit dem geltenden Recht unvereinbar gelten. Können die sich hieraus ergebenden Bedenken gegen die Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts der Gesellschafter ausgeräumt werden, so ist die Anwendung des § 2301 BGB bei Verträgen mit Drittwirkung zu erörtern und die Wirksamkeit der getroffenen Vereinbarung im Hinblick auf diese Vorschrift zu prüfen.

a) Zulässigkeit eines Verfügungsvertrages zugunsten Dritter

Die Zulässigkeit eines Verfügungsvertrages mit unmittelbarer Wirkung für Dritte wird unterschiedlich beurteilt.
Während die Rechtsprechung fast ausnahmslos eine Anwendung der §§ 328 ff BGB auf Verfügungsgeschäfte ablehnt[1)], ist das Schrifttum überwiegend anderer Ansicht. Dort wird eine Aus-

1) RGZ 66, 97 (99/100): Die "Einigung auf dem Gebiet des Sachenrechts" unterliegt nicht den "Vorschriften über Verträge auf dem Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse, soweit nicht im dritten Buch des BGB besonders auf sie Bezug genommen ist".
RGZ 124, 218 (221)
RGZ 98, 279 (282): Ein allg. Verkehrsbedürfnis, die §§ 328 ff entgegen dem Wortlaut und ihrer Stellung auf dingliche Verträge auszudehnen, könne nicht anerkannt werden.
RGZ 148, 257 (262/263)
RG in JW 31, 525 Nr. 8; RGZ 127, 126 (128/129) für Erlaßvertrag;
a.A.: RGZ 66, 126 (127/128) > Verzichtsvertrag zugunsten
RGZ 71, 184 (187) / Dritter zulässig
RGZ 124, 135 (139): Abtretung zugunsten Dritter zulässig.

dehnung der Vorschriften auf dingliche und sonstige Verfügungsverträge - wenn auch zum Teil nicht ohne Einschränkungen - befürwortet[1].

Die Stellung der §§ 328 ff BGB im allgemeinen Teil des Schuldrechts schließt eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften auf Verfügungen nicht aus[2]. Zwischen dem schuldrechtlichen Anspruch, den der Dritte gemäß § 328 BGB ohne sein Zutun erwirbt, und einem bestehenden Recht als Verfügungsgegenstand bestehen keine so erheblichen Unterschiede, daß eine Analogie nicht möglich wäre[3]. Das gilt insbesondere im Hinblick auf die Mitwirkung des Erwerbers. - Der vereinbarte Zusatz, der den mit Rechten und Pflichten grundsätzlich nur für die Vertragschließenden ausgestatteten Vertrag zu einem Vertrag zugunsten Dritter macht, ist ein Zuordnungstatbestand, der

---

1) a) Für analoge Anwendung der §§328 ff auf alle dinglichen und sonstigen Verfügungsverträge: Kluckhohn, S. 93 ff; Rosenberg, DJZ 1912, 542 ff; mit dem Hinweis auf die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs; Heck, SchuR, § 50 S. 148; mit dem Hinweis auf den Grundsatz der Privatautonomie; Oertmann, 1928; Vorb. 5c zu § 328 BGB; Westermann, SR, 1956, § 3 II 4 S. 18 und Erman-Westermann, 1958, § 328 A 1; § 398 A 1: beim Erwerb dinglicher Rechte muß jedoch der außer der Einigung erforderliche Vollzugsakt in der Person des begünstigten Dritten verwirklicht sein. - Zustimmend: Larenz, SchuR I, 1960, § 16 IV, S. 165; Soergel-Siebert, Vorb. 3 zu § 328 mit weiteren Literaturhinweisen. - So auch Esser, SchuR, 1949, § 176 III, 3, S. 178; 1960, § 88, 3 S. 410;
b) Für Ausdehnung der §§ 328 ff BGB auf dingliche Verträge, wenn das dingliche Recht auf Leistungen aus dem Grundstück oder auf Übereignung des Grundstücks gerichtet ist, während sonstige Verfügungsverträge zugunsten Dritter ohne weiteres anerkannt werden: Enn.-Lehmann, 1954, § 34 VI, S. 142; § 78 II 5 S. 302; Lehmann, JW 31, 525; Wolff-Raiser, 1957, § 38 II 3, S. 121;
c) Grundsätzlich ablehnend, doch Ausnahmen zulassend: Wesenberg, S. 131/132; Siber "Verfügungsgeschäfte", S. 49 ff; Planck-Siber, 1914, Vorb V 1 zu § 328 BGB; Siber, SchuR, § 45 IV 1, S. 207;
d) gänzlich ablehnend: Hellwig, S. 53: "Will jemand durch sein Rechtsgeschäft einem Dritten ein dingliches Recht oder die aus dem geistigen Eigentum fließenden Rechte an den einem anderen zustehenden Vermögensgegenständen verschaffen, so kann er das nur als Stellvertreter des Dritten nach dem allgemeinen Grundsatz bewirken". Palandt-Danckelmann, 1960, Einf. 5 b u. c vor § 328; von Tuhr, II 1, S. 227; Staud.-Werner, 1930, § 328 Anm. I 2a mit weiteren Nachweisen; Hueck, DNotZ 52, 550 (557);
2) a.A. RGZ 66, 97 (99/100);
3) vgl. Kluckhohn, S. 100; Westermann, SachR, 1956, § 3 II 4, S. 18.

nicht nur auf den ursprünglichen Erwerb eines Leistungsanspruchs, sondern auch auf die Einigung bei den Verfügungsgeschäften paßt[1].

Die grundsätzliche Anerkennung der Privatautonomie in unserem Recht[2] - die sachenrechtlichen Schranken der Vertragsfreiheit werden berücksichtigt - läßt die Vertragswirkung zugunsten Dritter allgemein als eine Möglichkeit der Anpassung des Rechts an bestimmte Lebenslagen zu.

- Die Verfügung der Gesellschafter mit der Wirkung, daß der künftige Nachfolger die Mitgliedschaft des Verstorbenen im Todesfall unmittelbar erwerben soll, scheitert daher nicht an einer generellen Unzulässigkeit von Verfügungen zugunsten Dritter.

b) Als Vertrag zu Lasten Dritter unzulässig ?

Der Nachfolger eines verstorbenen Gesellschafters, der dessen Mitgliedschaft unmittelbar fortsetzt, übernimmt auch Pflichten und belastende Rechtslagen, die aus der Rechtsstellung des Vorgängers in der OHG erwachsen.

- Rechtsprechung und Schrifttum[3] lehnen Verträge, die im eige-

1) vgl. Westermann, SR, 1956, § 3 II 4 S. 19; Erman-Westermann, 1958, § 328 A 1; § 387 A 3; § 398 A 1;
2) vgl. Heck, SchuR, § 50, S. 148;
3) RG JW 24,S.809; RGZ 154,S.355(361); RGZ 111,166(178); RG in Recht, 1914, Nr. 183; Bayr.Ob.L.G. in Recht 1920,Nr.1170; Reimer-Schmidt in Soergel-Siebert, Vorb. 16 zu § 328; Pal.-Danckelmann, 1964, Einf. 5a vor § 328; 2c vor § 328; Enn.-Lehmann, § 34 V S. 148; Larenz, SchuR,I, § 11 IV, S.127; Verträge zu Lasten Dritter auf Grund einer Verpflichtungsermächtigung ausgenommen; Bettermann, JZ 51, S. 321: Verträge zu Lasten Dritter auf Grund einer Verpflichtungsermächtigung ausgenommen; Erman-Westermann, 1958,Vorb.4 zu § 328; Sommer, DNotZ 36,S.937 (940); Lehmann, Allg.T.1962 § 37 VI 2, S. 316/317; v.Tuhr,II 1,1914, § 53 S.227; Planck-Siber, 1914,V 2 vor § 328: unentschieden hinsichtlich Verträgen zu Lasten Dritter auf Grund einer Verpflichtungsermächtigung; Staud.-Werner, 1930,IV 1 a.E. vor § 328; Weiler, DNotZ 52, S.283(289); Siebert, NJW 55, S. 809(811/812); ders., GV u.ErbR, 1954,S.17; Hueck, DNotZ 52, S.550(557) Anm.16; Reinicke, G.u.D., NJW 57,S. 561(563); Tiedau, MDR 57, 641 (643); a.A.: RGZ 80,S.395(399/400) = JW 1913, S.20 ff; Abschluß eines Mietvertrages für und gegen den Eigentümer als Dritten auf Grund einer von diesem erteilten Ermächtigung; RGZ 80,S.175(178); Lange, ErbR, § 5, 3 S. 52; Küster, DNotZ 56, S. 460 (463/464).

nen Namen abgeschlossen werden und durch die ein Dritter verpflichtet wird, als mit dem bürgerlichen Recht unvereinbar und daher als unzulässig ab. Im Vordergrund der Betrachtung stehen dabei schuldrechtliche Verträge zu Lasten Dritter.

- Die Möglichkeit, daß jemand durch sein Handeln im eigenen Namen einen Dritten verpflichtet, ist jedoch dem geltenden Privatrecht nicht fremd:[1)]
Hat der Mieter mit Erlaubnis des Vermieters (§ 549 BGB) untervermietet, so muß der Vermieter für die Dauer des Hauptmietverhältnisses dem Untermieter den Gebrauch der Mietsachen belassen (§ 556 III BGB).- Ist ein Grundstück von dem Nießbraucher vermietet oder verpachtet worden, so tritt der Eigentümer bei Beendigung des Nießbrauchs automatisch in die sich aus dem Miet- oder Pachtverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein (§§ 1056 I, 571 I BGB). Der Eigentümer ist an die Verträge des Nießbrauchers über die Zeit des Nießbrauchs hinaus gebunden. - Der Eigentümer muß dem unmittelbaren Besitzer den Besitz lassen, wenn der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Besitzüberlassung befugt war (§ 986 I BGB). - Der Ehegatte, der das Gesamtgut verwaltet, haftet für die Verbindlichkeiten des anderen Ehegatten, die Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, auch persönlich als Gesamtschuldner (§ 1437 II 1 BGB).

- Bei den angeführten Beispielen handelt es sich zwar um Fälle, in denen die Fremdwirkung nicht von den Parteien gewollt und erklärt ist, sondern als vom Gesetz angeordnete Folge der beabsichtigten Hauptwirkung eintritt[2)].
Immerhin ist deutlich geworden, daß die generelle These, dem bürgerlichen Recht seien Verträge zu Lasten Dritter unbekannt, nicht richtig ist[3)].

---

1) vgl. hierzu Bettermann, JZ 51, S. 321;
2) vgl. auch Bettermann, JZ 51, S. 321/322;
3) Mit dem Hinweis, Verträge zu Lasten Dritter kenne das bürgerliche Recht nicht, begnügen sich fast alle auf S. 180 FN 3 angeführten Entscheidungen und Autoren.

Wenn das Gesetz keine allgemeinen Normen über Verpflichtungsgeschäfte mit Drittwirkung enthält, so ist nicht ohne weiteres der Schluß gerechtfertigt, derartige Verträge seien unzulässig. Es müßte untersucht werden, ob dadurch, daß das Gesetz solche Rechtsgeschäfte nicht allgemein zugelassen hat, diese Materie einfach ungeregelt geblieben ist oder ob das Schweigen des Gesetzes als ein bewußter Ausschluß der Zulässigkeit anzusehen ist.

Eine Beurteilung der beteiligten Interessen ergibt, daß Verträge zu Lasten Dritter jedenfalls nicht deshalb unzulässig sind, weil die Interessen des Dritten entgegenstehen. Bei einer entsprechenden Anwendung der §§ 328 ff BGB wäre dem Dritten in § 333 BGB ein Mittel an die Hand gegeben, sich einer aufgenötigten Belastung zu erwehren. Zwar ist es eher denkbar, daß der Dritte ohne seine Zustimmung berechtigt, als daß er ohne seine Zustimmung verpflichtet wird. Dennoch schließt dieser Unterschied in der Interessenlage mit Rücksicht auf § 333 BGB eine Zulassung der Verträge zu Lasten Dritter nicht aus[1].
Lent[2] kann nicht gefolgt werden, wenn er den Vertrag zu Lasten Dritter generell mit dem Hinweis ablehnt, der Gläubiger wisse nicht, wer sein Schuldner werde, "ob der die Erklärung Abgebende oder ein nicht erkennbarer Dritter"[3].
Der Vertrag zu Lasten Dritter ist - wenn er sich an den Vertrag zugunsten Dritter anlehnt - stets ein offenes Drittinteressengeschäft[4]. - Die Fremdwirkung ist hier stets gewollt und erklärt. Läßt man ein solches Rechtsgeschäft zu, wird die Lage des Gläubigers insoweit nicht verschlechtert.
- Verträge zu Lasten Dritter hält Bettermann[5] als mit den Interessen des Gläubigers nicht vereinbar; und zwar wegen der Regelung des § 333 BGB, wenn die analoge Anwendung der §§ 328 ff BGB bejaht wird. Für den Gläubiger bedeute das an keine Frist gebundene Zurückweisungsrecht des Dritten eine unzumutbare Härte. Zwar bestehe einesolche Ungewißheit auch beim Vertrag zugunsten

1) vgl. auch Bettermann, JZ 51, S. 321 (323);
2) ZZP, Bd. 62, S. 129 (184);
3) Lent, a.a.O. S. 184;
4) vgl. auch Bettermann, JZ 51, S. 321 (322);
5) a.a.O., S. 324.

eines Dritten, doch sei das Risiko, von einer eingegangenen Verbindlichkeit entbunden zu werden, gewiß leichter zu tragen als die Gefahr, ein erworbenes Recht wieder zu verlieren[1].

Dieser Interessenwiderstreit ist jedoch nicht zu besorgen, wenn die Mitgliedschaft auf Grund eines von allen Gesellschaftern abgeschlossenen Verfügungsgeschäftes unmittelbar auf den vorgesehenen Nachfolger übergehen soll.
Wird ein bestehendes Rechtsverhältnis - die Gesellschafterstellung - mit Wirkung auf den Tod des bisherigen Rechtsträgers auf einen Dritten übertragen, so erwerben die übrigen Gesellschafter kein "Recht", das sie - im Falle der Anwendbarkeit des § 333 BGB - durch eine Zurückweisung seitens des neuen Gesellschafters verlieren könnten.
Der Erwerb einer Rechtsstellung, nämlich der Mitgliedschaft, ist in der Person des Dritten eingetreten. Dieser ist - wie sein Rechtsvorgänger - mit den übrigen Gesellschaftern durch das Band des Gesellschaftsvertrages verbunden. Abgesehen vom Personenwechsel ist die Identität der Gesellschafterstellung nicht berührt worden. Die überlebenden Gesellschafter haben auf Grund des Verfügungsvertrages mit Wirkung für den Nachfolger und auf Grund des eingetretenen Rechtserfolges - wie er gewollt war - keine zusätzliche Rechtsposition erlangt, die ihnen durch Ausübung eines Zurückweisungsrechtes nach § 333 BGB entwunden werden könnte.
Allerdings muß berücksichtigt werden, daß nunmehr - immer vorausgesetzt, daß § 333 BGB Anwendung findet - in Bezug auf die übertragene Gesellschafterstellung ein Zurückweisungsrecht besteht, das dem durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafter nicht zustand und für die überlebenden Gesellschafter eine gewisse Verschlechterung ihrer bisherigen Rechtsposition bedeutet. Diese zeigt sich in der Unsicherheit der Rechtslage, die mit dem Ablehnungsrecht des neuen Gesellschafters gegeben ist.

Es muß jedoch beachtet werden, daß auch ein im Wege der Erbfolge zum Nachfolger berufener Erbe die Erbschaft (§§ 1942 ff) oder den Erbteil (§ 1922 II) und damit auch den Erwerb der Mitgliedschaft - wenngleich lediglich in den Fristen des

1) Bettermann, a.a.O., S. 324.

§ 1944 BGB - ausschlagen kann; - hier ist die Rechtslage für die OHG ebenfalls ungewiß[1].
Das Zurückweisungsrecht des neuen Gesellschafters nach § 333 BGB führt auch nicht zu "untragbaren Härten"[2] für die überlebenden Gesellschafter, denn in der Regel wird die Fortsetzungsklausel - falls nicht sogar ausdrücklich eine Ersatzgestaltung vorgesehen ist - dahin auszudeuten sein, daß die OHG unter den übrigen Gesellschaftern fortgeführt wird, wenn der Nachfolger des Verstorbenen seine Zurückweisungsbefugnis ausübt. - Im übrigen ist es Sache der Gesellschafter, die mit einer bestimmten Gestaltung verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen bzw. in Rechnung zu stellen oder aber durch eine andere Gestaltungsart zu umgehen und zu vermeiden.

Wenn man auf Grund einer Wertung der Interessen der Beteiligten zu dem Ergebnis gelangt, daß jedenfalls unter diesem Gesichtspunkt gegen einen Verfügungsvertrag mit Wirkung für den Nachfolger keine Einwände bestehen, so fragt sich, ob es Vorschriften gibt, an die sich die Regelung eines solchen Vertrages anlehnen könnte. Hier bieten sich die §§ 328 ff BGB an.

Wenn der Grundgedanke des § 328 BGB auch auf Verfügungen zutrifft[3] und diese Vorschrift "eine Zuordnungsform darstellt, die nicht auf den ursprünglichen Erwerb eines Leistungsanspruchs beschränkt ist, sondern auf das Willensmoment in der Verfügung schlechthin paßt"[4], so ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde diese Bestimmungen nicht auch auf einen Verfügungsvertrag mit Drittwirkung, dessen Gegenstand die Mitgliedschaft in einer OHG ist, entsprechend anwendbar sein sollten. - Wichtig ist, daß die Gesellschafterstellung als einheitliches und integriertes Rechtsverhältnis selbständiger Verfügungsgegenstand sein kann.

---

1) Das Ausscheidungsrecht des neuen Gesellschafters nach § 139 II HGB kann in diesem Zusammenhang nicht als Parallele dienen, weil die übrigen Gesellschafter es dort in der Hand haben, durch Gewährung der Kommanditistenstellung ein Ausscheiden zu verhindern.
2) Bettermann, JZ 51, S. 321 (323);
3) vgl. Westermann, SachR. 1956, § 3 II 4, S.19 und oben S. 179;
4) Westermann, a.a.O.; vgl. oben S. 179/180;

Daß die Mitgliedschaft auch Pflichten und Bindungslagen für den neuen Gesellschafter bereithält, vermag keiner anderen Beurteilung den Vorzug zu geben; auch bei sachenrechtlichen Verfügungen schließt diese besondere Interessenlage die Anwendung des § 328 BGB nicht aus: Wenn die Zuordnung nicht nur Rechte, sondern als Zuständigkeit auch Pflichten begründet, so bildet die Ausschlagungsmöglichkeit nach § 333 BGB das notwendige, aber auch hinreichende Korrelat zum aufgenötigten Erwerb nach § 328 BGB[1].

Die Vorschriften der §§ 328 BGB ff können daher entsprechend angewendet werden, wenn die Gesellschafter einer OHG über die Mitgliedschaft eines durch Tod ausscheidenden Gesellschafters mit Wirkung für den vorgesehenen Nachfolger auf den Todesfall verfügen[2].

Mit diesen Ausführungen sind noch nicht alle spezifischen Wirksamkeitsvoraussetzungen geprüft, von denen die Gültigkeit der Verfügung über die Mitgliedschaft eines Gesellschafters mit Drittwirkung abhängt. -
Des weiteren stellt sich die Frage, ob - da die §§ 328 ff BGB entsprechend Anwendung finden, - die Vorschrift des § 2301 BGB im Rahmen des Verfügungsvertrags mit Wirkung für den künftigen Nachfolger beachtet werden muß und ob gegebenenfalls die von dieser Norm gestellten Anforderungen erfüllt sind.

c) Die Anwendung des § 2301 BGB und die Wirksamkeit der Verfügung im Hinblick auf diese Vorschrift

Rechtsprechung und Schrifttum lehnen überwiegend die Geltung der Abgrenzungsnorm des § 2301 BGB im Rahmen eines Vertrages

1) vgl. Westermann, SachR, a.a.O.,
2) Lange, ErbR, § 5, 3 S. 52, erklärt die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch den Nachfolger ausschließlich und ohne weiteres mit einer entsprechenden Anwendung der §§ 328 ff BGB. Allerdings soll § 333 BGB nicht anwendbar sein; dafür aber § 139 HGB. - Die Heranziehung des § 139 HGB setzt jedoch eine erbrechtlich begründete Fortsetzung der Mitgliedschaft voraus. vgl. oben S.124 ; Im Ergebnis für Anwendung der §§ 328 ff BGB: Weiler, DNotZ 52, S. 283 (289); RGZ 80, 175 (178): Zuweisung eines GmbH-Anteils an den Nachfolger mit Wirkung auf den Todesfall.

zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB) ab[1].

Zur Begründung wird darauf hingewiesen, daß Gesetz gebe durch die in keiner Weise eingeschränkte Vorschrift des § 331 BGB ein zulässiges Mittel an die Hand, die für Verfügungen von Todes wegen bestehenden Formvorschriften zu ersparen[2].

Eine Umgehung materieller Schutzvorschriften des Erbrechts und des Schenkungsrechts gegen Beeinträchtigungen Pflichtteilsberechtigter und anderer Nachlaßgläubiger sei nicht zu besorgen, da weder der Anspruch auf Leistung, der nach § 331 BGB im Augenblick des Todes entstehe, noch der Leistungsgegenstand selbst aus dem Vermögen des Erblassers stammten[3].

Für die Frage, ob § 2301 BGB zu beachten ist, wenn über die Mitgliedschaft in der OHG unter ausschließlicher Beteiligung der Gesellschafter auf den Tod des bisherigen Rechtsträgers und mit Wirkung für den vorgesehenen Nachfolger verfügt wird, bedarf es indessen keiner umfassenden Stellungnahme, in welchem Verhältnis die mit unterschiedlichem Wertungsgehalt ausgestatteten Vorschriften der §§ 331 und 2301 BGB generell zueinander stehen. - Es ist nicht Ziel der Arbeit, die Trag-

1) RGZ 80, S, 175 (177/178); RGZ 88, S. 137 (138/139); RGZ 106, S. 1 (2); RG in Warn.Rspr. 1914 Nr. 243, S. 341 (342/343); Obergericht Danzig DR 39, S. 1387, Nr. 10; vgl. aber auch RGZ 98, S. 279 (281): Bedenken gegen die überwiegende Meinung. - Wieacker, Festschrift für Lehmann, 1956, S. 271 (283; 279; 280); Siebert, Rechtsvergl. HWB, VI, 1938, S. 144 (156); Endemann, Bürgerl. Recht III 1, 1919, S. 217; Wesenberg, 1949, S. 143; Erman-Westermann, 1962, § 331, A 4; Pal.-Danckelmann, 1964, Einf. vor § 328, A 4; Lange, ErbR, § 31 I 2, S. 323; § 31 II 2, S. 330/331; Reimer Schmidt in Soergel-Siebert, 1959, Vorb. 15 zu § 328; Heck, SchuR, 1929 § 95, S. 299; doch mit dem Ergebnis, daß die materiellen, den Schutz der Nachlaßbeteiligten bezweckenden Vorschriften des Erbrechts Anwendung finden.

2) so RGZ 106, 1 (2); Obergericht Danzig, DR 39, 1387 Nr. 10;

3) vgl. RGZ 80, 175 (177/178); RGZ 106, 1 (2); RGZ 88, 137 (139); Siebert, a.a.O. S. 156;
- Vor dem Umgehungscharakter warnen: Staud.-Boehmer, 11, Einl. § 25 Bem. 5; § 27 Bem. 1-6; 13-15; Boehmer "Grundlagen" II 2, 1952 S. 91/92; Staud.-Lehmann Vorb. 14 zu § 1937; RGZ 98, 279 (281);
-Für Anwendbarkeit des § 2301 BGB: G+D Reinicke, NJW 56, 1053 (1054); Hoffmann, AcP Bd. 158, S. 178 (180/181); Staud.-Lehmann, 11, a.a.O.; Staud.-Boehmer, 11, Einl § 27 Bem. 18.

weite der beiden gesetzlichen Bestimmungen im einzelnen festzulegen und einen etwaigen Überlagerungsbereich abzustecken.

Zur Beantwortung der hier anstehenden Frage genügt ein Untersuchungsausschnitt, der sich in engeren Grenzen hält.

- Das Gesetz hat einerseits formlose Verträge zugunsten Dritter zugelassen, die dem Dritten "das Recht auf die Leistung" erst mit dem Tode des Versprechensempfängers gewähren (§ 331 BGB) und somit in ihren Wirkungen den Verfügungen von Todes wegen sehr nahekommen.
Andererseits werden durch § 2301 BGB schenkweise eingeleitete Zuwendungsakte, die unter der Bedingung stehen, "daß der Beschenkte den Schenker überlebt", entweder den sorgfältig durchgebildeten erbrechtlichen Rechtsgeschäften unterworfen oder im Falle der bereits vollzogenen Leistung unter die Herrschaft des lebzeitigen Schenkungsrechts gestellt.

Dem Gesetz kann über das Verhältnis der §§ 331 und 2301 BGB zueinander unmittelbar nichts entnommen werden[1]. Es ist insbesondere nicht möglich festzustellen, daß eine der beiden Vorschriften mit einer Prävalenz vor der anderen ausgestattet wäre. - Wenn beide Vorschriften nebeneinander Geltung beanspruchen und sich weder dem Wortlaut noch dem Sinne nach ohne weiteres - gänzlich oder teilweise - gegenseitig ausschließen, so ist bei einem entsprechenden Sachverhalt zu prüfen, ob sich beide gesetzlichenBestimmungen hierauf erstrecken. -

Daß die §§ 328, 331 BGB auf den Verfügungsvertrag mit Wirkung für den unbeteiligten Dritten anzuwenden sind, wurde bereits erörtert[2]. Fraglich ist, ob dasselbe Rechtsgeschäft zugleich vom Geltungsbereich des § 2301 BGB erfaßt wird.

Der Übergang der Mitgliedschaft im Zeitpunkt des Ablebens des bisherigen Gesellschafters stellt eine das Vermögen des neuen Gesellschafters bereichernde Zuwendung dar. Wichtig ist, daß diese "aus dem Vermögen" des durch Tod ausscheidenden Gesell-

1) s. auch Bartholomeyczik, ErbR, § 59 I 1, S. 384
2) vgl. oben S. 184/185;

schafters erfolgt: Die Mitgliedschaft geht im Todesfall aus dem Vermögen des verstorbenen Gesellschafters in das des Nachfolgers über.
Der Zuwendung steht in der Regel kein Gegenwert gegenüber, sie erfolgt daher unentgeltlich; anders allerdings, wenn der Nachfolger die Abfindung der Erben übernehmen oder die Mittel hierzu bereitstellen soll.
Es genügt, wenn der auf Unentgeltlichkeit der Zuwendung gerichtete Wille dem andern durch "schlüssige Handlung" erklärt wird. - Auch der Nachfolger muß damit einverstanden sein, daß sich der Übergang der Mitgliedschaft auf ihn unentgeltlich vollzieht[1].

Die Übertragung der Mitgliedschaft auf den Todesfall soll nach dem Willen der Gesellschafter nicht unabhängig von dem Überleben des Nachfolgers Geltung haben, sie ist lediglich für den Fall des Todes des bisherigen Gesellschafters und des Überlebens des vorgesehenen Nachfolgers gewollt und soll erst mit diesem Zeitpunkt wirksam werden.

Folglich liegt im Verhältnis des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters zum Nachfolger eine in die Wege geleitete unentgeltliche Zuwendung aus der Vermögenssubstanz des betroffenen Gesellschafters vor, die unter der Bedingung steht, daß "der Beschenkte den Schenker überlebt". - § 2301 BGB ist daher auf den Verfügungsvertrag der Gesellschafter mit Wirkung für den vorgesehenen Nachfolger entsprechend anzuwenden.

Die Verfügung braucht unter bestimmten Voraussetzungen an der Vorschrift des § 2301 Abs. I BGB nicht zu scheitern: Die Vereinbarung, die Mitgliedschaft eines bestimmten Gesellschafters solle im Todesfall auf den vorgesehenen Nachfolger übergehen, schafft eine bindende Zuwendungswirkung, die für den Nachfolger eine gesicherte Rechtsstellung begründet (§§ 160-162 BGB) und sich mit dem Tode des Gesellschafters selbständig zum

1) Seine Einverständniserklärung, die nachträglich abgegeben werden kann, - sie ist in jedem Verhalten des Nachfolgers zu erblicken, das auf Einverständnis schließen läßt - wird in der Regel gemäß § 151 BGB eines Zugangs nicht bedürfen.

Vollrecht entwickelt[1], wenn weder beiden Vertragsparteien noch einer von ihnen eine Änderungs- oder Aufhebungsbefugnis gemäß §§ 328 II, 332 BGB vorbehalten ist. - Dann haben sich die Parteien jeder Verfügungsmacht über das aus dem Vertrage zugunsten des Nachfolgers entspringende Rechtsverhältnis sowie über die Mitgliedschaft des betroffenen Gesellschafters begeben[2].

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, findet keine Beurteilung nach erbrechtlichen Gesichtspunkten statt, vielmehr fällt die verfügungsrechtliche Vereinbarung der Gesellschafter mit Drittwirkung - soweit das Valutaverhältnis in Betracht steht - unter das Recht der Schenkung unter Lebenden; denn die Verfügung über die Mitgliedschaft auf den Todesfall muß als vollzogene Leistung nach § 2301 II BGB angesehen werden.

Zusammenfassendes Ergebnis

Auch durch Verfügungsvertrag aller Gesellschafter mit Wirkung für den künftigen Nachfolger kann eine Fortsetzung der Mitgliedschaft im Todesfall außerhalb des Erbrechts erreicht werden.

Wann die tatbestandlichen Voraussetzungen eines solchen Vertrages, an dessen Abschluß der vorgesehene Nachfolger nicht beteiligt ist, vorliegen, kann nur im Einzelfall auf Grund sorgfältiger Ausdeutung der in Betracht kommenden Umstände, insbesondere der einschlägigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages beantwortet werden.

Ist der Tatbestand einer Verfügung aller Gesellschafter gegeben, so scheitert das Zuwendungsgeschäft nicht an einer generellen Unzulässigkeit von Verfügungen zugunsten Dritter. - Daß Verträge zu Lasten Dritter als mit dem geltenden Recht unvereinbar gelten, steht der Gültigkeit der Gesellschafter-

1) vgl. oben S. 176;
2) vgl. Kipp-Coing, 1960, § 81 IV 2, S. 345; andernfalls liegt eine bindende Zuwendungswirkung nicht vor, und der Nachfolger erwirbt keine gesicherte Rechtsstellung. Ein Vollzug durch "Leistung" i.S. des § 2301 II BGB ist nicht gegeben.

vereinbarung, die unmittelbare Wirkung für und gegen einen nicht beteiligten Dritten äußern soll, nicht entgegen. - Die Vorschriften der §§ 328 ff BGB finden entsprechende Anwendung.
Zwar ist die Wertungsnorm des § 2301 BGB im Rahmen des Verfügungsvertrages zu beachten, doch können die Anforderungen des § 2301 Abs. I BGB an unentgeltliche Zuwendungsakte auf den Todesfall die Anerkennung des Rechtsgeschäfts nicht vereiteln, wenn die verfügungsrechtliche Vereinbarung der Gesellschafter sich im Valutaverhältnis als vollzogene Leistung nach § 2301 II BGB darstellt und daher als gültige Schenkung unter Lebenden (§§ 516, 518 II BGB) gilt.

Kapitel 2: Der Nachfolgevorgang als Neubegründung der Mitgliedschaft.

Der Nachfolgevorgang braucht gesellschaftsvertraglich nicht in so hohem Maße geplant und vorherbestimmt zu sein, wie es durch die Anordnung geschieht, die Mitgliedschaft eines durch Tod ausscheidenden Gesellschafters solle unmittelbar fortgesetzt werden.
Wird die Gesellschafterstellung des Verstorbenen auf den Nachfolger übergeleitet, so ist lediglich die Person des Verstorbenen zu ersetzen, nicht die Rechtsstellung in der OHG. Das ist anders, wenn die Mitgliedschaft im Todesfall erlischt und neu begründet wird.

Während die Fortsetzungsklausel den Willen der Gesellschafter zum Ausdruck bringt, den Nachfolgevorgang frühzeitig überschaubar, im Todesfall verwirklicht und für die in diesem Zeitpunkt Beteiligten bindend und unabänderlich zu gestalten, wird den überlebenden Gesellschaftern, Erben und Dritten ein vergleichsweise starker Einfluß auf die Gestaltung eingeräumt, wenn die Nachfolge im Wege einer Neubegrün-

dung der Gesellschafterstellung geregelt werden soll[1]. Die geplante, besorgte und gelenkte Kontinuität der Nachfolge tritt in den Hintergrund und macht einer kalkulierten Offenheit Platz, die jedoch meist den Vorzug größerer Elastizität bei veränderten Verhältnissen hat.

A) Ziel und Zweck der Neubegründung aus der Sicht der Gesellschafter.

Der Nachfolgevorgang als Neubegründung der Mitgliedschaft in der Person des Nachfolgers birgt zwar Momente der Unsicherheit und Ungewißheit, doch werden die Gesellschafter versuchen, die hier auftauchenden Risiken bis zu einem gewissen Grade abzuschwächen. Sie sind in der Regel bemüht, den Willens- und Einflußbereich der im Todesfall Beteiligten einzuengen, um auf diese Weise das Schicksal der Gesellschaft auf einen längeren Zeitraum - wenn auch nur mit einem verhältnismäßig schwachen Instrumentarium - zu beeinflussen: Dem Eintrittsrecht des vorgesehenen Nachfolgers mit dem Inhalt, die Aufnahme in die Gesellschaft begehren zu können, entspricht die korrespondierende Pflicht der überlebenden Gesellschafter, den Berechtigten in die OHG aufzunehmen. - Da der Eintrittsberechtigte nach eigenem Ermessen und Belieben entscheiden kann, ob er Gesellschafter der OHG werden soll oder nicht, ist die Gesellschaftergemeinschaft im Interesse einer krisenfesten Bestandspolitik darauf bedacht, den vorgesehenen Nachfolger zu einem Eintritt in die Gesellschaft zu verpflichten.
Doch können andere Umstände und Gegebenheiten zu Vorstellun-

1) Selbstverständlich kann es auch den im Todesfall Beteiligten - den überlebenden Gesellschaftern ohne oder im Zusammenwirken mit den Erben; einem bestimmten Gesellschafter - überlassen sein, ob die durch Tod des Rechtsträgers erloschene Gesellschafterstellung durch Aufnahme eines Nachfolgers in die Gesellschaft neu begründet werden oder ob die Gesellschaft lediglich unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. - Die Ausführungen im Text gehen jedoch davon aus, daß der Gesellschaftsvertrag Nachfolge im Sinne einer Neubegründung der Gesellschafterstellung vorsieht.

gen und Bestrebungen abweichenden Inhalts führen. Die aufgezeigte Willenstendenz der Gesellschafter hat keineswegs ausschließlichen Charakter.

So können Erwägungen getroffen werden, ob der zukünftige Nachfolger wirklich eine von den überlebenden Gesellschaftern unabhängige Rechtsposition - eben ein wirkliches Recht auf Eintritt in die OHG - erhalten soll oder ob die Gesellschafter im Sinne eines unechten Vertrages zugunsten Dritter zur Aufnahme verpflichtet sein sollen, ohne daß dem Nachfolger ein entsprechendes Recht zusteht.

Es kann auch beabsichtigt sein, das Recht des vorgesehenen Nachfolgers auf Aufnahme in die OHG von der Zustimmung eines bestimmten Gesellschafters abhängig zu machen.

Da der Aufnahmevertrag erst nach dem Tode des Gesellschafters, um dessen Nachfolge es geht, geschlossen werden soll, entspricht es in der Regel dem Willen der Gesellschafter, daß der Nachfolger ein Recht auf Eintritt erst mit dem Tode des ausscheidenden Gesellschafters erwirbt (vgl. § 331 Abs. I BGB)[1].

Im Hinblick auf eine Einengung des Willens- und Einflußbereichs der im Todesfall an der Nachfolgegestaltung Beteiligten werden sich die Gesellschafter überlegen, ob sie nicht bereits jetzt auf den personenrechtlichen Gehalt einer neubegründeten Mitgliedschaft Einfluß nehmen können und sollen; sie werden etwa bstimmen wollen, daß Rechte, die der Verstorbene nur wegen seiner persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten innehatte, dem Nachfolger nicht eingeräumt werden dürfen. - Eine vorausschauende Unternehmenspolitik kann erfordern, daß mehrere aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters in die OHG aufgenommene Nachfolger zur Geschäftsführung und Vertretung nur gemeinschaftlich befugt sind.

Die Gesellschaftergemeinschaft wird auch Einfluß auf die Kapitalausstattung der neuen Mitgliedschaft des Nachfolgers neh-

1) Wem die jeweils bedingte oder unabhängige Rechtsposition im Hinblick auf die Aufnahme in die OHG mit dem Ableben des ausscheidenden Gesellschafters zusteht, ist eine Frage des personellen Bestimmungsrechts. vgl. oben S. 91 ff;

men wollen. Gegenstand der Erwägungen sind die Alternativen, ob der Nachfolger eines verstorbenen Gesellschafters kapitalmäßig in derselben Höhe beteiligt sein soll wie sein Vorgänger, ob der Kapitalanteil geringer oder gar größer oder ob eine Kapitaleinlage überhaupt nicht in Betracht kommen soll. - Diese Fragen sind von wesentlicher Bedeutung; im Gesetz erscheint der Kapitalanteil als Berechnungsgrundlage, und zwar für die Verteilung des Jahresgewinns in § 121 HGB, für die Zulässigkeit von Entnahmen aus der Gesellschaftskasse in § 122 HGB und für die Verteilung des Reinvermögens der Abwicklungsgesellschaft in § 155 HGB. - Der Gesellschaftsvertrag sieht häufig vor, daß nach Kapitalanteilen abgestimmt wird. - Die wirtschaftliche Beteiligung, deren relativen Stand und Entwicklung das Kapitalkonto anzeigt, beeinflußt daher weitgehend die personenrechtliche Stellung in der OHG. Sie bildet regelmäßig die Grundlage der Gesellschafterstellung.

Deshalb werden die Erwägungen der Gesellschafter nur selten zu dem Ergebnis führen, der Nachfolger eines verstorbenen Gesellschafters solle ohne Kapitaleinlage aufgenommen werden. Ob die Kapitalausstattung die gleiche Höhe wie bei dem Verstorbenen haben oder geringer bzw. höher sein soll, wird wegen der grundsätzlichen Bedeutung der wirtschaftlichen Beteiligung in der Regel von der Gesellschaftergemeinschaft sorgfältig überdacht werden[1]).
Dabei interessieren die Möglichkeiten einer Kapitalaufbringung. Soll nach dem Willen der Gesellschafter der Nachfolger kapitalmäßig in bestimmbarer Höhe beteiligt sein, so sind die finanziellen Verhältnisse des in Aussicht genommenen Nachfolgers zu berücksichtigen, bzw. ist bereits jetzt gegebenenfalls Vorsorge zu treffen, auch wenn der künftige Nachfolger zur Zeit der Person nach noch unbestimmt ist.

Die Gesellschafter werden überlegen, ob nicht ein Rückgriff auf den Abschichtungsanspruch möglich und zulässig ist. - Dieser entsteht im Falle des Todes eines Gesellschafters, wenn die Gesellschaft - zumindest einstweilen - von den

1) Selbstverständlich kann diese Frage auch allein in die Entscheidung der überlebenden Gesellschafter gestellt sein.

Überlebenden fortgeführt wird (§§ 138 HGB, 738 BGB), und gehört grundsätzlich zum Nachlaß.
Die Frage des Rückgriffs ist unproblematisch, wenn der oder die in Aussicht genommenen Nachfolger im Todesfall das volle Verfügungsrecht über den Abschichtungsanspruch haben. Das trifft zu, wenn der Alleinerbe oder die Miterben in die Gesellschaft aufgenommen werden. Dann kann der Abschichtungsanspruch ganz oder zum Teil in die Gesellschaft eingebracht und ausschließlich dem Alleinerben oder in einem bestimmten Quotenverhältnis den Miterben gutgeschrieben werden.

Anders ist es, wenn ein Nichterbe Nachfolger werden soll. Das volle Verfügungsrecht über den Abschichtungsanspruch müssen auch diejenigen Erben missen, die ihr Eintrittsrecht ausüben wollen, während andere Miterben von ihrem Nachfolgerecht keinen Gebrauch machen oder nicht für eine Aufnahme in die OHG vorgesehen sind.
In diesen Fällen ist ein Rückgriff auf den Abschichtungsanspruch, der die Finanzierung einer geforderten Kapitaleinlage bei Aufnahme in die OHG sichert, nur möglich, wenn dem Eintrittsberechtigten der Abschichtungsanspruch ganz oder zum Teil zugewiesen wird.

Das Erbrecht stellt keine Möglichkeit einer unmittelbaren Zuweisung bereit, wenn der vorgesehene Nachfolger Nichterbe oder Miterbe ist. Der durch Tod ausscheidende Gesellschafter kann den Abschichtungsanspruch weder durch Anordnung eines Vermächtnisses (§§ 1939, 1941, 2147 BGB) noch durch Anordnungen für die Auseinandersetzung (§ 2048 BGB) in die alleinige Zuständigkeit des Nachfolgers überführen.
Zwar wäre es möglich, daß der Eintrittsberechtigte, falls er Miterbe ist, sich den auf ihn fallenden Teil des Abschichtungsanspruchs im Wege der Erbauseinandersetzung zuweisen läßt; dieser Erfolg könnte durch eine entsprechende Auseinandersetzungsanordnung gesichert und durch Einsetzung als Vermächtnisnehmer auf den Nichterben, der für den verstorbenen Gesellschafter aufgenommen werden soll, ausgedehnt werden.
- Doch führen auch diese Möglichkeiten nicht zu einem siche-

ren Ergebnis, wenn der Abschichtungsanspruch im wesentlichen das Nachlaßvermögen ausmacht und insbesondere wegen der vom Erblasser herrührenden Schulden sowie der Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten dem Zugriff der Gläubiger unterliegt. Die Gesellschaftergemeinschaft wird daher bestrebt sein, dem vorgesehenen Nachfolger auf andere Weise den Rückgriff auf den Abschichtungsanspruch zu ermöglichen, falls dies zur Finanzierung der geforderten Kapitaleinlage erforderlich erscheint. Wie dieses Ziel erreicht werden kann, ist eine Frage der Gestaltungsverwirklichung, die im folgenden untersucht wird.

B) Verwirklichung des Gesellschafterwillens durch

AA) Aufnahmevertrag

Die Vorstellung der Gesellschafter - Nachfolge auf den Todesfall im Wege einer Neubegründung der Gesellschafterstellung - wird nicht allein durch eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Anordnung verwirklicht.
Auch das Gesetz hält keinen, den Willen der Gesellschafter unmittelbar vollziehenden Tatbestand bereit: Kann man der Nachfolgeregelung des Gesellschaftsvertrages entnehmen, daß die OHG vom Zeitpunkt des Todes eines Gesellschafters an bis zur Aufnahme des Nachfolgers "unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll"[1], so ordnet das Gesetz lediglich an, daß der Gesellschafter, um dessen Nachfolge es geht, mit dem Zeitpunkt des Todes aus der OHG ausscheidet (§ 138 HGB).

1) diese Auslegung wird regelmäßig angebracht sein; vgl. auch Hueck, OHG, § 28 II 1a; Weipert, RGRK, § 139 A 3; Schlegelb.-Geßler, § 139 A 6; Siebert, GV u. ErbR, 1954, S. 13; Dür.-Hach.-Fl., II 2, § 139 A 8; alternativ in A 5: "Hier wird zunächst die Gesellschaft durch den Tod eines Teilhabers aufgelöst oder unter Ausscheidung der Erben zwischen den überlebenden Gesellschaftern fortgesetzt". Scheitert die Nachfolge - etwa weil das Eintrittsrecht nicht ausgeübt wird -, so entscheidet die Auslegung des Gesellschaftsvertrages, ob nunmehr die OHG aufgelöst werden oder weiterhin unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll. vgl. Hueck, a.a.O.; Schlegelb.-Geßler, a.a.O.; Weipert, a.a.O.

Die gesellschaftsvertraglich vorgesehene Nachfolge kann dagegen nur durch einen Aufnahmevertrag verwirklicht werden, den der benannte Nachfolger und die überlebenden Gesellschafter abschließen. - Das Angebot auf Abschluß dieses Vertrages wird nur in Ausnahmefällen bereits dem Gesellschaftsvertrag zu entnehmen sein, nämlich dann, wenn er die näheren Bestimmungen über die Rechtsstellung des zukünftigen Nachfolgers enthält oder für die Ausgestaltung einfach auf die Mitgliedschaft des Vorgängers verweist. In diesen Fällen kommt mit der Eintrittserklärung der Aufnahmevertrag zustande.

Dagegen stellt die Nachfolgeregelung, wenn sie beispielsweise dem Nachfolger ein Eintrittsrecht gewährt, nicht ohne weiteres ein Vertragsangebot zu den Bedingungen dar, die für die Rechtsstellung des verstorbenen Gesellschafters galten[1]. - Die gegenteilige Annahme wird den Interessen der Gesellschafter nicht gerecht. Es wird regelmäßig ihrem Willen entsprechen, die vollständige Bestimmung der Aufnahmebedingungen auf die Zeit des Eintritts in die OHG hinauszuschieben. Eine Ausgestaltung der Nachfolgerrechtsstellung im Zeitpunkt der Aufnahme kann sich den tatsächlichen Gegebenheiten besser anpassen. - Es steht natürlich nichts im Wege, auch dann noch den Eintritt in die OHG in engster Anlehnung an die Bestimmungen, die für den bisherigen Gesellschafter galten, zu vollziehen.

Für die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag bereits ein Aufnahmeangebot enthält oder nicht, darf man zwar das Bestreben der Gesellschafter, den Gestaltungsbereich der im Todesfall Beteiligten einzuengen und schon jetzt den Inhalt der künftigen Nachfolgerrechtsstellung in gewisser Hinsicht zu beeinflussen[2], nicht unbeachtet lassen; doch wird man allein unter diesem Gesichtspunkt kaum eine gesellschaftsvertragliche Regelung vorfinden, die als hinreichend bestimmtes Angebot an den vorgesehenen Nachfolger auf Abschluß eines Aufnahmevertrages gedeutet werden könnte.

---

1) a.A.: Weipert in RGRK, § 139 A 3; - a.A. offenbar auch: Dür.-Hach.-Fl. II 2, § 139, A 5; Dür.-Hach.-Geiler, II 1, A 197; Schlegelb.-Geßler, 1963, § 139 A 5; Kipp Coing, ErbR, 1955 § 87 III 4d, S. 321;

2) vgl. oben S. 192;

BB) Begründung von Rechten und Pflichten der im Todesfall Beteiligten

Der vorgesehene Nachfolger erwirbt ein Recht auf Eintritt in die OHG auf Grund entsprechender Vorschriften des Gesellschaftsvertrages, die sich insoweit als Vertrag der Gesellschafter zugunsten eines Dritten (§ 328 BGB) - und zwar in der Regel auf den Todesfall (§ 331 BGB)[1)2)3)4)] - darstellen.

Wenn das Eintrittsrecht erst mit dem Zeitpunkt des Todes entsteht, können die Parteien - der durch Tod ausscheidende Gesellschafter auf der einen und die übrigen Gesellschafter auf der anderen Seite - bis dahin noch etwas anderes bestimmen. - Es kann vertraglich vorgesehen sein, daß der Gesellschafter, um dessen Nachfolge es geht, als Versprechensempfänger das Recht hat, einseitig durch empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber den übrigen Gesellschaftern oder in einer Verfügung von Todes wegen einen anderen als Drittberechtigten zu benennen (§ 332 BGB). Die Eintrittsklausel allein zeitigt also für die Gesellschafter noch keine Bindungswirkung gegenüber dem zukünftigen Nachfolger.

- Während es dem eintrittsberechtigten Dritten freisteht, von seiner Befugnis Gebrauch zu machen oder nicht[5)], sind die überlebenden Gesellschafter verpflichtet, den Bedachten auf sein Verlangen in die Gesellschaft aufzunehmen[6)].

---

1) bzw. auf den späteren Zeitpunkt der Nachfolgerbenennung
2) vgl. oben S. 192
3) Dem Nachfolger kann das Eintrittsrecht auf erbrechtlichem Wege nicht zugewendet werden. a.A. Buchwald AcP, Bd. 154, S. 22 (27). Auf den Nachfolger als Erben können nur Rechte des Erblassers übergehen. Da dieser Gesellschafter ist, kann ihm nicht auch das Recht zustehen, in die Gesellschaft aufgenommen zu werden. - Als Vermächtnisforderung kann das Eintrittsrecht nicht begründet werden, da die überlebenden Gesellschafter kaum jemals als Beschwerte in Betracht kommen. (§ 2147 BGB)
4) Gegen die Zulässigkeit und Wirksamkeit bestehen keine Bedenken. vgl. Dür.-Hach.-Geiler, II 1, A 197; Weipert in RGRK §131 A 26; Liebisch, ZHKR Bd. 116,129; - § 2301 BGB kann schon deshalb keine Anwendung finden, weil der Nachfolger das Recht auf Eintritt nicht "aus dem Vermögen" des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters erwirbt.
5) vgl. Siebert, ErbR u. GV, 1954, S. 12; ders. StbJb 55/56, 300 (316); ders., NJW 55, 809 (812); ders. BB 56, 837; Hueck, OHG, § 28 II 1a, Weipert in RGRK, § .139 A 3; Schlegelb.-Geßler, § 139, A 6;
6) vgl. Siebert, a.a.O; Dür.-Hach.-Geiler, II 1, A 157.

Wann dieser Verpflichtung kein entsprechendes Recht des Nachfolgers gegenübersteht oder das Recht auf Aufnahme von gewissen Voraussetzungen, etwa der Zustimmung eines bestimmten überlebenden Gesellschafters, abhängig ist, muß auf Grund sorgfältiger Ausdeutung der in Betracht kommenden Vorschriften des Gesellschaftsvertrages ermittelt werden.

Ob der vorgesehene Nachfolger zum Eintritt in die OHG verpflichtet ist, kann sich dagegen nicht aus einer Regelung des Gesellschaftsvertrages ergeben. Eine derartige Verpflichtung kann durch den Gesellschaftsvertrag nicht begründet werden[1)2)].

Hierzu bedarf es einer schuldrechtlichen Vereinbarung, an deren Zustandekommen auch der künftige Nachfolger beteiligt ist. - Der durch Tod ausscheidende Gesellschafter kann allerdings durch Verfügung von Todes wegen den Eintritt in die OHG anordnen: Bei einem Nachfolger, der Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, wird möglicherweise die Eintrittspflicht zum Gegenstand einer Auflage gemacht (§ 1940 BGB) - Eine letztwillige Zuwendung - Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung (vgl. § 2279) - kann unter der aufschiebenden Bedingung erfolgen, daß der Bedachte in die OHG eintritt (§§ 2074, 2105, 2177 BGB)[3)].

---

1) vgl. Siebert, GV + ErbR, 1954, S. 12/13; ders. BB 56, 837; Schlegelb.-Geßler, § 139 A 2 u. 5; a.A.: Dür.-Hach.-Fl. II 2, § 139 A 5; Hueck, OHG, § 28 II 1a; Weipert, § 139 A 3;

2) Der Ansicht von Buchwald - JR 55, 173 (174) -, eine Eintrittspflicht des Nachfolgers könne durch folgende gesellschaftsvertragliche Vereinbarung begründet werden: "Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, dafür zu sorgen, daß im Falle seines Todes ein Erbe unter Übernahme seines Kapitalkontos in die Gesellschaft eintritt", kann nicht gefolgt werden. Bei einer solchen Regelung handelt es sich um die Schaffung einer höchstpersönlichen Bestimmungspflicht, die mit der Gesellschaftereigenschaft verbunden ist und mit ihr erlischt.

3) Nach Hueck, OHG, § 28 II 1a, - zustimmend Siebert, GV + ErbR, 1954, S. 13 - ist es zulässig, daß der Erblasser im Rahmen eines Vermächtnisses den überlebenden Gesellschaftern einen unmittelbaren Anspruch gegen den vorgesehenen Nachfolger, der Erbe oder Vermächtnisnehmer (vgl. § 2174 BGB) ist, auf Eintritt in die OHG einräumt.
Die Auffassung ist nicht zu billigen. Als Gegenstand eines Vermächtnisses kann nur ein Vermögensvorteil zugewendet werden.(§§ 1939, 2174 BGB) Die auf Abschluß des Aufnahmevertrages gerichtete Willenserklärung ist dagegen eine Leistung nichtvermögensrechtlichen Inhalts. Ein Anspruch auf Abgabe dieser Erklärung kann den überlebenden Gesellschaftern im Wege einer Vermächtnisanordnung nicht verschafft werden. - vgl. im Ergebnis auch v. Godin, JR 48, 61 (65).

Eine vertragliche Bindung des Erblassers, solche Anordnungen von Todes wegen zu treffen, würde allerdings wegen Verstoßes gegen § 2302 BGB nichtig sein.

CC) Beeinflussung des rechtlichen Gehalts der Nachfolger-Mitgliedschaft

Einflußnahmender Gesellschafter auf die künftige Ausgestaltung des personenrechtlichen Gehalts und die kapitalmäßige Ausstattung der Nachfolgerrechtsstellung können durch entsprechende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages verwirklicht werden. Doch hat eine derartige Einengung des Entscheidungs- und Handlungsbereiches der überlebenden Gesellschafter nur begrenzte Bedeutung: Die Vorschriften des Gesellschaftsvertrages können durch gemeinschaftlichen Beschluß abgeändert werden. Die überlebenden Gesellschafter können sich folglich über den zu einem früheren Zeitpunkt im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck gebrachten Gemeinschaftswillen einstimmig hinwegsetzen, es sei denn, der vorgesehene Nachfolger hätte bereits aus der früheren Anordnung eine unentziehbare Rechtsposition erlangt.

DD) Zuweisung des Abschichtungsanspruchs an den Nachfolger durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall

Dem Nachfolger eines verstorbenen Gesellschafters könnte der unmittelbare Rückgriff auf den Abschichtungsanspruch, der grundsätzlich den Erben des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters zusteht, durch ein Zuweisungsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall[1)] ermöglicht werden.

Mehrere Gestaltungsarten kommen in Betracht: Zunächst ist an einen Verfügungsvertrag als Rechtsgeschäft zwischen dem durch Tod ausscheidenden Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger zu denken.

1) und den Zeitpunkt der Aufnahme in die OHG; vgl.unten S. 200;

Die Verfügungswirkung kann möglicherweise durch ein Rechtsgeschäft der Gesellschafter zugunsten des Nachfolgers herbeigeführt werden.
Es bedarf der Erörterung, ob der erstrebte Erfolg auch durch eine treuhänderische Übertragung des Abschichtungsanspruchs auf die überlebenden Gesellschafter, die ihrerseits die zugewandte Kapitalbeteiligung dem in die OHG aufgenommenen Nachfolger einräumen, erreicht werden kann.
Die folgenden Ausführungen befassen sich jeweils mit dem Abschlußtatbestand und der Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte.

I) Verfügungsvertrag zwischen dem durch Tod ausscheidenden Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger

Die Parteien - der jetzige Gesellschafter auf der einen und der künftige Nachfolger auf der anderen Seite - müssen sich darüber einigen, daß der Anspruch des Gesellschafters "auf dasjenige", was ihm "bei der Auseinandersetzung zukommt" (§ 717 S. 2 BGB) in der Gestalt eines Abschichtungsanspruchs nach § 738 I 2 BGB dem Vertragspartner für den Fall des Überlebens und des Eintritts in die OHG zustehen soll[1].
Verfügt wird unter einer zweifachen aufschiebenden Bedingung: Der Rechtserfolg soll nur eintreten, wenn der vorgesehene Nachfolger den verfügenden Gesellschafter überlebt und tatsächlich in die OHG aufgenommen wird.

Die Mitwirkung des künftigen Nachfolgers beim Abschluß des Rechtsgeschäfts setzt dessen vorzeitige Auswahl und Benennung voraus.
Mitwirkung fordert zwar keinen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang der Parteierklärungen. Das Einigungsangebot kann auch zu einem späteren Zeitpunkt zugehen und angenommen werden, wenn dies dem Willen des Antragenden nicht zuwiderläuft. (§§ 130, 147, 148 BGB). - Die Zugangsfähigkeit der abgegebenen

1) verfügt wird nicht über einen zukünftigen Anspruch, a.A. Siebert, NJW 55, 809 (813).

Erklärung wird selbst durch den Tod des Erklärenden nicht beeinträchtigt (§ 130 II BGB). Auch die Annahmefähigkeit des Antrags bleibt im Zweifel unberührt (§ 153 BGB).
Tatbestandlich würde daher genügen, wenn das Einigungsangebot des verfügenden Gesellschafters nach dessen Tod dem vorgesehenen Nachfolger zugeht und von diesem angenommen wird.

Das Erfordernis vorzeitiger Auswahl und Benennung des Nachfolgers entfällt jedoch hierdurch nicht. Erfolgen Zugang und Annahme des Einigungsangebots nach dem Tode des Gesellschafters, um dessen Nachfolge es geht, so kann ein solcher Vertragsabschluß mit Rücksicht auf § 2301 BGB[1] nicht mehr als Verfügungsgeschäft unter Lebenden anerkannt werden.

Das personelle Bestimmungsrecht muß daher vorzeitig im vollen Maße ausgeübt werden, damit eine Mitwirkung des vorgesehenen Nachfolgers noch zu Lebzeiten des verfügenden Gesellschafters möglich ist.
Diese Voraussetzung wird oft nicht erfüllt sein.

Die durch übereinstimmende Willenserklärungen beider Parteien erzielte Einigung über die Zuordnungsänderung auf den Zeitpunkt des Eintritts in die OHG bedeutet für den durch Tod ausscheidenden Gesellschafter eine rechtlich endgültige Bindung. (§ 161 I 1 BGB). Auch der künftige Nachfolger erklärt sich schon heute mit bindender Wirkung einverstanden, daß ihm der Abschichtungsanspruch des verstorbenen Gesellschafters zustehen soll, wenn er einst in die OHG eintritt.
Ob eine so vorzeitige Bindung beider Parteien gewollt ist, wird in vielen Fällen zweifelhaft sein. Doch entscheidet jeweils die Auslegung des Abschlußtatbestandes unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der verfolgten Interessen[2].

Im Hinblick auf den Bindungswillen des verfügenden Gesellschafters dürfte zu berücksichtigen sein, ob gesellschaftsvertraglich das Recht besteht, einseitig gemäß § 332 BGB einen anderen als Nachfolgeberechtigten zu benennen. - Wird

1) vgl. unten S. 202 f;
2) vgl. oben S. 155/156;

dem künftigen Nachfolger ein Eintrittsrecht auf den Zeitpunkt des Todes gewährt, so ist zu beachten, daß die Gesellschafter durch eine erneute vertragliche Abmachung die Drittberechtigung ändern können.
Durch diese Befugnis sowohl der Gesellschafter insgesamt als auch des Verfügenden ist allerdings der Bindungswille nicht von vornherein als ausgeschlossen zu betrachten.

Soweit der Gesellschaftsvertrag dem künftigen Nachfolger nicht ausdrücklich den Abschichtungsanspruch des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters zuweist, wird man die Frage, ob bereits die übrigen Bestimmungen der Nachfolgeregelung einen Teil des Verfügungstatbestandes - Angebot auf Übertragung - enthalten, kaum bejahen können. Weder die Gewährung eines Eintrittsrechts noch die Bestimmung, die Kapitalausstattung der Nachfolger-Mitgliedschaft solle die gleiche Höhe wie die des Verstorbenen haben, können ohne weiteres als Angebot auf Abschluß eines Verfügungsgeschäfts gedeutet werden, dessen Gegenstand der Abschichtungsanspruch im Todesfall ist.

Wegen der Wirksamkeit des Vertrages muß § 2301 BGB beachtet werden. Da jedoch über den Abschichtungsanspruch aufschiebend bedingt verfügt wird, liegt an sich Vollzug im Sinne des § 2301 II BGB durch "Leistung des zugewendeten Gegenstandes" vor[1].

Doch ist zu beachten, daß dort, wo der Gesellschaftsvertrag ein Eintrittsrecht vorsieht, die Gesellschafter das Recht haben und dem einzelnen Gesellschafter, um dessen Nachfolge es geht, vertraglich die Befugnis zugestanden sein kann, das dem Nachfolger in der Regel auf den Todesfall zugewandte Eintrittsrecht bis zu diesem Zeitpunkt zu ändern oder aufzuheben (§§ 328 II, 331 BGB)[2].
Eine Änderung des Eintrittsrechts in dem Sinne, daß ein anderer als Drittberechtigter benannt wird, würde zu dem Ergebnis

1) vgl. oben S. 175/176;
2) vgl. oben S. 197;

führen, daß derjenige, dem der Abschichtungsanspruch aufschiebend bedingt zugewandt ist, nie in die OHG aufgenommen wird. Dann tritt eine der beiden Bedingungen, von denen die Wirksamkeit des Verfügungsvertrages abhängt, nicht ein. - Betrachtet man die Bedingung als ausgefallen, so erweist sich das Verfügungsgeschäft als völlig unwirksam[1]. Auf diese Weise kann die Vollendung des Erwerbs für den Nachfolger verhindert werden.
Nur bei einer Anwendung des § 162 I BGB - Verhinderung des Eintritts der Bedingung wider Treu und Glauben - gilt die Bedingung als eingetreten; der Abfindungsanspruch würde dem Verfügungsempfänger zustehen, obwohl er nicht als Nachfolger in die OHG aufgenommen wird. - Da die Voraussetzungen des § 162 I BGB jedoch nur in Ausnahmefällen erfüllt sein werden, kann man von einer hinreichenden, den Anforderungen des Leistungsvollzuges in § 2301 II BGB entsprechenden Bindungswirkung nur sprechen, wenn sich der verfügende Gesellschafter gleichzeitig des Rechts begibt, im Verein mit den übrigen Gesellschaftern oder einseitig an die Stelle des vorgesehenen Nachfolgers einen anderen als Eintrittsberechtigten zu setzen!

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, wird der Verfügungsvertrag als Rechtsgeschäft unter Lebenden behandelt.

Der zwischen dem jetzigen Gesellschafter und dem vorzeitig benannten Nachfolger zu Lebzeiten des ersteren abgeschlossene Verfügungsvertrag erlangt seine volle Wirksamkeit, wenn der Nachfolger in die OHG aufgenommen wird (§ 158 I BGB). In diesem Zeitpunkt wird der Abschichtungsanspruch dem Nachlaß endgültig entzogen. Erben und Nachlaßgläubiger müssen die Zuordnungsänderung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden gegen sich gelten lassen.
Der Abschichtungsanspruch steht in der zugewiesenen Höhe nunmehr dem Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters zur Finanzierung seiner Kapitaleinlage zu.

Zusammenfassung

Durch Verfügungsvertrag mit dem vorgesehenen Nachfolger kann der durch Tod ausscheidende Gesellschafter den Kapitalwert

1) vgl. Lehmann, Allg.T., 1962, § 35 A VI 3b, S. 272

seiner Mitgliedschaft dem Nachlaß entziehen und für die Neubegründung der Nachfolger-Mitgliedschaft bereitstellen. - Die tatbestandlichen und sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen werden jedoch in vielen Fällen nicht erfüllt sein.

II) Verfügungsvertrag der Gesellschafter zugunsten des vorgesehenen Nachfolgers

Es soll geprüft werden, ob die Gesellschaftergesamtheit den Abschichtungsanspruch eines durch Tod ausscheidenden Gesellschafters durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, das nach dem Tode Verfügungswirkung äußert, dem Nachfolger zuweisen kann, ohne daß dieser beim Vertragsabschluß beteiligt ist.

- Tatbestandlich müssen sich alle Gesellschafter darüber einig sein, daß der Abschichtungsanspruch des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters dem Nachfolger unter der Bedingung des Überlebens und seines Eintritts in die OHG zustehen soll. Der Vertragsabschluß ist ausschließlich Sache der Gesellschafter.
Das personelle Bestimmungsrecht braucht in diesem Falle bis zum Tode des zu ersetzenden Gesellschafters nicht vollständig ausgeübt zu sein. Es genügt, wenn der Nachfolger - wie gesellschaftsvertraglich vorgesehen - erst nach dem Ableben des Gesellschafters bestimmt wird.

Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftsscheitert nicht an einer generellen Unzulässigkeit verfügungsrechtlicher Verträge zugunsten Dritter. Insoweit kann auf frühere Ausführungen[1] verwiesen werden.

Die Verfügung der Gesellschafter mit Wirkung für den Nachfolger ist kein Vertrag zu Lasten Dritter, wie Coing meint[2]. Dem neuen Gesellschafter wird lediglich ein Recht zugewendet. Unter diesem Gesichtspunkt ergeben sich daher keine Bedenken gegen die Wirksamkeit.

1) vgl. oben S. 178 ff;
2) Kipp-Coing, 1960, § 91 IV, S. 391.

- Ob die Abgrenzungsnorm des § 2301 BGB im Rahmen eines Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB) zu beachten ist, braucht hier nicht grundsätzlich beurteilt zu werden[1]. Wichtig ist, daß § 2301 BGB berücksichtigt werden muß, wenn der Verfügungsvertrag der Gesellschafter, der sich an die Vorschriften der §§ 328 ff BGB anlehnt[2], zugleich von der Tragweite des § 2301 BGB erfaßt wird[3]. - Der sachliche Geltungsbereich dieser Vorschrift ist verschiedentlich herausgestellt worden[4]. Auf diese Ausführungen wird verwiesen.

Die Verfügung der Gesellschafter über den Abschichtungsanspruch des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters stellt sich im Verhältnis des letzteren zum vorgesehenen Nachfolger als eingeleitete, unentgeltliche Zuwendung aus der Vermögenssubstanz des zu ersetzenden Gesellschafters dar, die unter der Bedingung steht, daß "der Beschenkte den Schenker überlebt"[5]. Daher muß § 2301 BGB beachtet werden.

Der Verfügungsvertrag ist gemäß § 2301 Abs. II BGB als Rechtsgeschäft unter Lebenden anzuerkennen, wenn sich der durch Tod ausscheidende Gesellschafter des Rechts begibt, gemeinschaftlich mit den übrigen Gesellschaftern oder einseitig (§ 332 BGB) über das entstandene Rechtsverhältnis anderweitig zu verfügen.

Wird dem vorgesehenen Nachfolger ein Eintrittsrecht eingeräumt, so gilt das gleiche wie oben[6] ausgeführt: Eine Änderung des Drittberechtigten müßte in der Regel dazu führen, daß sich der Erwerb des Abschichtungsanspruchs in der Person des zunächst vorgesehenen Nachfolgers nicht vollendet. - Eine den Anforderungen des § 2301 II BGB entsprechende Bin-

1) vgl. hierzu die unterschiedlichen Auffassungen in Rechtsprechung und Schrifttum, oben S. 185/186;
2) Das vollzieht sich rechtskonstruktiv in der gleichen Weise wie bei der Verfügung über die Mitgliedschaft eines durch Tod ausscheidenden Gesellschafters mit Wirkung für den nicht abschlußbeteiligten Nachfolger; vgl. oben S. 178 ff;
3) vgl. oben S. 187;
4) vgl. oben S. 174/175 und oben S. 187/188;
5) und unter der weiteren Bedingung, daß der Beschenkte in die OHG eintritt.
6) S. 202/203;

dungswirkung verlangt daher, daß die Gesellschafter das ihnen zustehende Recht aufgeben, an die Stelle des vorgesehenen Nachfolgers einen anderen als Eintrittsberechtigten zu setzen.

Zusammenfassung

Durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zugunsten Dritter, dessen volle Verfügungswirkung erst nach dem Tode des betroffenen Gesellschafters im Zeitpunkt der Aufnahme in die OHG eintritt, können die Gesellschafter ohne Abschlußbeteiligung des Nachfolgers diesem den Abschichtungsanspruch zur Finanzierung der neuen Kapitaleinlage zuweisen. - Doch sind auch hier Wirksamkeitserfordernisse zu beachten, die nicht in allen Fällen gegeben sein werden.

III) Treuhänderische Übertragung des Abschichtungsanspruchs auf die überlebenden Gesellschafter

Als Zuwendungsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall, durch das dem vorgesehenen Nachfolger zur Finanzierung seiner Kapitaleinlage der Rückgriff auf die wirtschaftliche Beteiligung seines Vorgängers ermöglicht wird, kommt weiter eine treuhänderische Übertragung des Abschichtungsanspruches auf die überlebenden Gesellschafter in Betracht, die ihrerseits die zugewandte Kapitalbeteiligung dem in die OHG eintretenden Nachfolger einräumen[1].

Treuhandgeschäfte sind vom Rechtsverkehr ausgebildet worden. Sie haben im BGB keine ausdrückliche Regelung gefunden. Es handelt sich um "Rechtsgeschäfte, durch die der Treugeber dem Treuhänder eine Rechtsmacht einräumt, kraft deren dieser mit einer gewissen Selbständigkeit und im eigenen Namen, aber - mindestens zugleich - im Interesse eines anderen wirtschaft-

1) Diese Gestaltungsart erwähnt Siebert, GV + ErbR, S. 15 und NJW 55, 809 (813).

lich und rechtlich fremde Rechte" ausübt, "wobei er in bestimmter Weise rechtlich gebunden ist"[1].

Der durch Tod ausscheidende und die überlebenden Gesellschafter müßten sich darüber einigen, daß der Abschichtungsanspruch des ersteren im Todesfall in den Zuständigkeits- und Verfügungsbereich der übrigen Gesellschafter übergehen soll. Die das Kausalverhältnis (Treuverhältnis) bestimmende Zweckvereinbarung hätte klarzustellen, daß die überlebenden Gesellschafter sich hinsichtlich des ihnen zugewandten Rechts lediglich als Verwalter bzw. Beauftragte des Verstorbenen betrachten dürfen und verpflichtet sind, die wirtschaftliche Beteiligung dem Nachfolger bereitzustellen, wenn und sobald dieser in die OHG eintritt[2].

Zum Zeitpunkt der Aufnahme in die OHG müßten die Gesellschafter den Abschichtungsanspruch des Verstorbenen auf den Nachfolger gemäß § 398 BGB übertragen. Dieser brächte ihn dann in die OHG ein.

Dem verfügenden Gesellschafter wird vielfach daran gelegen sein, dem Nachfolger eine eigene Rechtsposition zu verschaffen: In diesen Fällen werden die Parteien vereinbaren, daß der Nachfolger aufschiebend bedingt durch sein Überleben und den Eintritt in die OHG berechtigt sein soll, die Abtretung des Abschichtungsanspruchs von den überlebenden Gesellschaftern zu fordern.

Hinsichtlich der Wirksamkeit des Treuhandgeschäfts könnten sich Bedenken ergeben: Die Übertragung des Abfindungsanspruchs auf die überlebenden Gesellschafter bedeutet, daß Forderung und Schuld hier zusammentreffen. - Vereinigen sich

---

1) so Enn.-Nipp., 2. Hbd., § 148 II, S. 920; vgl. auch Staud.-Coing, Einl 60 vor §§ 104 ff; vgl. ähnlich Siebert, "Treuhandverhältnis", S. 10/11;

2) Dagegen kommt als Rechtsgrund nicht Schenkung unter Auflage in Betracht. Der Wille der Parteien ist nicht auf eine, wenn auch um die zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Mittel geminderte Bereicherung der übrigen Gesellschafter gerichtet. - vgl. Larenz, SchuR II, 1960, § 43 III, S. 111; Enn.-Lehmann, SchuR, § 125 II, S. 499/500; - Daher kann entgegen der Ansicht Sieberts - GV u. ErbR, 1954, S. 15 - § 2301 BGB auf die Zuwendung des Abschichtungsanspruchs auf die überlebenden Gesellschafter niemals Anwendung finden.

jedoch Forderung und Verbindlichkeit in einer Person bzw. im Gesamthandsverband der überlebenden Gesellschafter, so tritt grundsätzlich Erlöschen ein, weil das schuldrechtliche Verhältnis als Beziehung zwischen Personen begrifflich zwei Beteiligte voraussetzt[1], niemand sein eigener Schuldner sein bzw. niemand eine Forderung gegen sich selbst haben kann[2] und der Geschäftszweck weggefallen ist[3].
Das gilt allerdings nur im Bereich des Schuldrechts als selbstverständlich, nicht dagegen auf dem Gebiete des Sachenrechts: "Das sachenrechtliche Recht als Form der beschränkten Zuordnung eines Gegenstandes kann neben der umfassenden Zuordnung aufrechterhalten bleiben"[4].

Wo sachenrechtliche Einflüsse im Vordergrund stehen, wie beim Recht der Schuldverschreibung auf den Inhaber, hat die Judikatur die Konfusionswirkung verneint[5].

Daneben führt die Rücksicht auf rechtlich geschützte Interessen Dritter zu einer Durchbrechung des Erlöschensgrundsatzes:

Das gilt zunächst im sachenrechtlichen Bereich: § 1256 I 2 BGB läßt das Pfandrecht an einer beweglichen Sache trotz Zusammentreffens mit dem Eigentum in derselben Person fortbestehen, wenn die Pfandforderung mit einem Pfandrecht oder Nießbrauch belastet ist[6]. - Besteht an einer Forderung ein

---

1) Westermann, SachR, 1956, § 3 I 4, S. 14;
2) Enn.-Lehmann, SchuR, § 76, S. 303; Leonard, Allg.SchuR 1929, § 331, S. 641; Larenz, 1962, I, § 20 IV, S. 237; Blomeyer, Allg.SchuR, 1964, § 41 II, S. 252;
3) Esser, SchuR, 1960, § 85, 9 S. 383; zustimmend Enn.-Lehmann, a.a.O., A 1; vgl. auch Heck, SchuR, 1929, § 64, S. 191: Die bezweckte Interessenverschiebung wird unmöglich und damit erlischt die Obligation.
4) Westermann, SachR, 1956, § 88, 1, S. 420;
5) "Das Recht der Schuldverschreibung auf den Inhaber ist so stark mit sachenrechtlichen Einflüssen durchsetzt, - §§ 793, 935 II, 1207; 1293 BGB, 821 ZPO - daß der für das Recht der Schuldverhältnisse gültige Satz von dem Untergang der Forderung durch Zusammentreffen von Gläubiger- und Schuldnerschaft auf das Recht aus dem Inhaberpapier nicht anzuwenden ist. - RGZ 147, 233 (243); RGZ 18, 6 (8);
6) Entsprechendes gilt für das Pfandrecht an Rechten; §§ 1274 II 1256 I 2 BGB.

Nießbrauch oder ein Pfandrecht, so bleiben die Rechte dem Berechtigten erhalten, auch wenn die Forderung durch Konfusion erlischt[1].

Der Interessenschutz Dritter findet über das Sachenrecht hinaus gesetzlichen Ausdruck: Ist Nachlaßverwaltung angeordnet oder Nachlaßkonkurs eröffnet, so gelten die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen (§ 1976 BGB). Dasselbe trifft zu im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Erben, wenn dieser im Falle des § 1990 I BGB die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigert, als der Nachlaß nicht ausreicht (§ 1991 II BGB). - In diesen Fällen führt die Interessenlage wegen der unterschiedlichen Haftung zweier Vermögensmassen einer Person zur Fiktion des Fortbestandes von Verbindlichkeiten trotz Zusammenfallens von Schuld und Gläubiger[2] [3].

Eine dem Erblasser gegen den Erben zustehende und einem Dritten vermachte Forderung gilt trotz der im Erbfall eingetretenen Vereinigung von Forderung und Verpflichtung insoweit als nicht erloschen, als das Recht des Vermächtnisnehmers in Betracht kommt (§ 2175 BGB)[4].

Dem Schutz der rechtlichen Interessen Dritter kommt allgemeine Bedeutung zu: Zwar besteht regelmäßig kein Grund, ein Schuldverhältnis aufrechtzuerhalten, wenn Gläubiger und Schuldner in einer Person zusammentreffen. "Das ist aber anders, wenn noch rechtlich geschützte Interessen Dritter in Frage stehen"[5]. - Das Schuldverhältnis wird regelmäßig hinfällig, weil der Geschäftszweck weggefallen ist. "Das gilt selbstverständlich nicht, wenn der Geschäftszweck dennoch bestehen bleibt"[6].

---

1) Enn.-Lehmann, a.a.O., S. 304; Enn.-Nipp., I § 77 I 5, S. 451/452; Leonard, a.a.O., S. 641; Larenz, a.a.O., S. 212; Esser a.a.O., S. 383: die Forderung muß insoweit als fortbestehend gelten.
2) vgl. Westermann, a.a.O., S. 14; Larenz, a.a.O., S. 237;
3) vgl. für den Fall des Eintritts der Nacherbfolge § 2143 und beim Erbschaftskauf § 2377 BGB;
4) vgl. auch Enn.-Lehmann, a.a.O., S. 305;
5) Larenz, a.a.O., S. 237; vgl. auch Enn.-Lehmann, § 76 S. 304;
6) Esser, SchuR, 1960, § 85, 9, S. 383; Heck, SchuR, 1929, a.a.O., S. 193 will die in § 2175 BGB getroffene Interessenabwägung auch sonst maßgeblich sein lassen.

Diese Gesichtspunkte müssen für die Frage der Wirksamkeit einer treuhänderischen Übertragung des Abschichtungsanspruchs auf die überlebenden Gesellschafter berücksichtigt werden: Die Gestaltungsart wird gewählt, um dem Nachfolger des verstorbenen Gesellschafters den Abschichtungsanspruch des Vorgängers zur Verfügung zu stellen, wenn die Aufnahme in die OHG erfolgt. Regelmäßig steht dem Eintretenden ein Anspruch auf Bereitstellung zu[1].
Die treuhänderische Übertragung des Abschichtungsanspruchs will somit die Voraussetzung für eine Befriedigung der zur festen Rechtsposition erstarkten Interessen des vorgesehenen Nachfolgers schaffen. - Das ist Anlaß genug, das zwischen dem durch Tod ausscheidenden und den übrigen Gesellschaftern in Ansehung des Abschichtungsguthabens bestehende Rechtsverhältnis durch die treuhänderische Übertragung des Anspruchs auf die Schuldner nicht untergehen zu lassen; der Nachfolger des Verstorbenen hat als Dritter ein schutzwürdiges- und in der Regel auf Grund vertraglicher Wirkung zu einem Anspruch verdichtetes - Interesse an dem Fortbestand.
Der "Geschäftszweck" des zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses entfällt keineswegs, wenn der Abschichtungsanspruch treuhänderisch an die überlebenden Gesellschafter abgetreten wird. Das Leistungsinteresse des verfügenden, durch Tod ausscheidenden Gesellschafters besteht fort, wenn auch in seinem Inhalt verändert. Der Gesellschafter, um dessen Nachfolge es geht, verlangt nicht mehr Leistung an sich bzw. an seine Erben, sondern Bereitstellung des Abschichtungsanspruchs für einen Dritten, der in die OHG aufgenommen wird; rechtlich verwirklicht durch Abtretung des Anspruchs an den Nachfolger. - Der Gesichtspunkt des fortdauernden Geschäftszwecks verlangt daher ebensosehr ein Ausbleiben der Konfusionswirkung wie der Interessenschutz des Nachfolgers.

Es ist anerkannt, daß, wenn ein Forderungsrecht auf den Schuldner nicht endgültig, sondern nur bis zu einem Termin oder bis zum Eintritt einer auflösenden Bedingung übertragen worden ist, die Forderung als nicht erloschen gilt, wenn der Endter-

1) vgl.oben S. 207;

min oder die Resolutivbedingung eingetreten ist (§ 158 II BGB)[1]. - Hier wird der Wille der Vertragsparteien respektiert. Die Konfusionswirkung ist auf die Fälle zurückgedrängt, in denen die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit als endgültig gewollt ist.
Keine andere Beurteilung darf demnach Platz greifen, wenn der Abschichtungsanspruch den überlebenden Gesellschaftern bis zum Eintritt des Nachfolgers in die OHG zugewandt wird. Auch dann muß der Wille der Parteien in der Weise Beachtung finden, daß die vorübergehende Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit nicht zu einem Erlöschen des Schuldverhältnisses und damit des zugewandten Rechts führt.
Eine andere Rechtsfolge würde auch unter interessenmäßigen Gesichtspunkten ein kaum vertretbares Ergebnis darstellen: Bewirkt die treuhänderische Übertragung des Abschichtungsanspruchs auf die überlebenden Gesellschafter den Untergang des Rechts, so sind die bisherigen Schuldner ohne rechtlich anerkennenswerten Grund aus ihrer Leistungspflicht entlassen; das Leistungsinteresse des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters bleibt unbefriedigt.

- Ein Fortbestehen des Abschichtungsanspruchs trotz Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Gesamthand der überlebenden Gesellschafter scheitert endlich nicht an dem begrifflichen Voraussetzungen entspringenden Argument, daß niemand sein eigener Schuldner sein könne. Denn aus der Zweckbestimmung der treuhänderischen Übertragung folgt, daß der begrifflich erforderliche Partner des Schuldverhältnisses in der Person des vorgesehenen Nachfolgers bereits potentiell vorhanden ist[2].
Nach alledem wird man die treuhänderische Übertragung des

1) vgl. Enn.-Lehmann, a.a.O., S. 305; Blomeyer, Allg.SchuR, § 41 II, S. 252;
2) Daß die überlebenden Gesellschafter nach dem Tode desjenigen, der ihnen den Abschichtungsanspruch zugewandt hat, eine gegen sich gerichtete Forderung auf den Nachfolger übertragen sollen, ist rechtskonstruktiv kein Novum. Das zeigt die Vorschrift des § 2175 BGB: Eine Forderung des Erblassers gegen den Erben, die der Erblasser dem Vermächtnisnehmer vermacht hat, gilt nach dem Erbfall als so fortbestehend, daß der Erbe sie auf den Vermächtnisnehmer nach § 398 BGB übertragen kann.

Abschichtungsanspruchs eines durch Tod ausscheidenden Gesellschafters auf die überlebenden Mitglieder der OHG nicht an dem Grundsatz scheitern lassen können, daß die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in einer Person zum Untergang der Forderung führt. Die Anerkennung als Ausnahmetatbestand erscheint im Hinblick auf die Stellung des Nachfolgers, wegen des fortbestehenden Geschäftszwecks und des nur auf eine vorläufige Vereinigung gerichteten Parteiwillens gerechtfertigt.

Bedenken gegen die Wirksamkeit des Treuhandgeschäfts können sich ferner aus § 2301 BGB ergeben: Die Vorschrift kann zwar nicht auf die Rechtsbeziehungen des ausscheidenden zu den überlebenden Gesellschaftern angewendet werden[1], doch ist zu prüfen, ob § 2301 BGB nicht im Verhältnis des ersteren zu dem in die OHG eintretenden Nachfolger beachtet werden muß: - Es findet eine Vermögenszuwendung des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters an den eintrittswilligen Nachfolger statt, die sich auf dem Umweg über das Vermögen der überlebenden Gesellschafter vollzieht. - Es handelt sich dabei nicht lediglich um eine Wertbewegung, vielmehr ist Gegenstand beider Zuordnungsänderungen ein und dasselbe Rechtsgut, nämlich der Abschichtungsanspruch.
Die Zuwendung erfolgt u.a. unter der Bedingung, daß der vorgesehene Nachfolger den Gesellschafter überlebt, und wird jenem gegenüber in der Regel schenkweise vorgenommen.

Damit dürften die Voraussetzungen für eine Heranziehung des § 2301 BGB gegeben sein: Die Vorschrift wird auf Schenkungen, die ohne vorgängiges Versprechen unmittelbar eingeleitet werden, entsprechend angewandt[2]. Der Erwerb des Abschichtungsanspruchs durch den Nachfolger stellt letztlich eine Bereicherung aus dem Vermögen des verstorbenen Gesellschafters dar. Zum Begriff der Schenkung ist nicht erforderlich, daß der zugewandte Gegenstand unmittelbar aus dem Vermögen des Schenkers in das des Beschenkten übergeht[3].

---

1) vgl. oben S. 206/207;
2) vgl. oben S. 174/175;
3) vgl. Enn.-Lehmann, SchuR, § 120 II 2 S. 488; es ist nicht einmal erforderlich, daß der geschenkte Gegenstand vor der Schenkung Eigentum des Schenkers gewesen ist.

Doch braucht das Treuhandgeschäft nicht nach erbrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt zu werden. Mit Abschluß des Verfügungstatbestandes ist der Gesellschafter, um dessen Nachfolge es geht, gebunden, wenngleich die zuordnungsändernde Wirkung erst im Todesfall eintritt[1].

So gelangt man zu dem Ergebnis, daß der Abschichtungsanspruch auch im Wege einer treuhänderischen Übertragung auf die überlebenden Gesellschafter in Verbindung mit einer nach dem Tode und im Eintrittsfall erfolgenden Abtretung an den Nachfolger diesem zur Verfügung gestellt werden kann.

Zusammenfassendes Ergebnis

Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, daß die Nachfolge auf den Todesfall sich im Wege einer Neubegründung der Gesellschafterstellung in der Person des Nachfolgers vollziehen soll.

Die mit dieser Gestaltung verbundenen Unsicherheitsmomente sollen in der Regel abgeschwächt werden. Die Gesellschafter sind bestrebt, den Willens- und Einflußbereich der im Todesfall Beteiligten einzuengen; Fragen der Begründung von Rechten und Pflichten für die Gestaltung des Nachfolgevorgangs, Möglichkeiten einer Beeinflussung des personenrechtlichen Gehalts der neubegründeten Mitgliedschaft sowie ihrer Kapitalausstattung, Probleme der Kapitalaufbringung und die eventuelle Zuweisung des Abschichtungsanspruchs an den Nachfolger unter Ausschaltung der Nachlaßzugehörigkeit - dies alles steht im Mittelpunkt des Gesellschafter-Interesses.

Die Verwirklichung geschieht auf unterschiedliche Weise.

---

1) Es genügt, daß der zugewendete Gegenstand auf diese Weise als aus dem Vermögen des Verfügenden bereits ausgeschieden zu behandeln ist; nicht erforderlich ist, daß der endgültige Zuwendungsempfänger - der Nachfolger - gleichzeitig eine sichere Erwerbsanwartschaft erhält. - Daher bleibt die Änderungs- und Aufhebungsbefugnis der Gesellschafter gemäß §§ 328 II, 332 BGB unberührt, wenn vereinbart worden ist, der Nachfolger könne im Falle seines Eintritts in die OHG die Abtretung des Abschichtungsanspruchs fordern.

Zur Neubegründung der Gesellschafterstellung in der Person des Nachfolgers ist der Abschluß eines Aufnahmevertrages notwendig. - Ein Recht auf Eintritt wird durch eine entsprechende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, der sich insoweit als Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall bzw. auf den späteren Zeitpunkt der Nachfolgerbenennung darstellt, erworben. - Durch vertragliche Abmachung mit dem künftigen Nachfolger oder im Wege einer Verfügung von Todes wegen kann eine Eintrittspflicht begründet werden. - Einflußnahmen der Gesellschafter auf den künftigen personenrechtlichen Gehalt und die kapitalmäßige Ausstattung der Nachfolgerrechtsstellung werden durch Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag verwirklicht.

Durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall und den Eintrittszeitpunkt kann dem Nachfolger der Rückgriff auf den Abschichtungsanspruch eröffnet werden; mehrere Gestaltungsarten sind zulässig und stellen unter den näher erörterten Voraussetzungen wirksame Zuwendungsgeschäfte dar. Außer dem Verfügungsvertrag, der als Rechtsgeschäft zwischen dem durch Tod ausscheidenden Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger zustandekommt, vermögen die Gesellschafter durch entsprechende Vereinbarung zugunsten des Nachfolgers die beabsichtigte Verfügungswirkung herbeizuführen. - Der erstrebte Erfolg kann auch durch treuhänderische Übertragung des Abschichtungsanspruchs auf die überlebenden Gesellschafter, die ihrerseits die Forderung dem in die OHG aufgenommenen Nachfolger zuwenden, erreicht werden.

Die Gestaltung des Personenwechsels in der Zusammenschau

Die Ausführungen über den Personenwechsel in der OHG aus Anlaß des Todes eines Gesellschafters haben sich vornehmlich am Gestaltungsinteresse der Gesellschafter orientiert und versuchten aufzuzeigen, inwieweit und auf welchem Wege der Gesellschafterwille rechtlich durchgesetzt werden kann.

Ausgangspunkt war die Alternative, ob die OHG unter den über-

lebenden Gesellschaftern fortbestehen oder ob die Gesellschaft mit einem oder mit mehreren Nachfolgern an Stelle des verstorbenen Gesellschafters fortgeführt werden soll. BeidenGestaltungsarten liegen unterschiedliche Interessensituationen zugrunde[1], gemeinsam ist das Ziel, der vom Gesetz für den Fall des Todes eines Gesellschafters angeordneten Auflösung zu entgehen und von der ebenfalls gesetzlich gewährten Gestaltungsmacht sinnvoll Gebrauch zu machen.
Im Falle der Fortbestandsgestaltung[2] ist insbesondere der Abschichtungsanspruch von Bedeutung. Hier ist man bemüht, die Forderung nach Erhaltung des Unternehmens mit einer angemessenen Berücksichtigung sowohl der Interessen der überlebenden als auch des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters in Einklang zu bringen[3].
Das Gesetz ist nur in geringem Maße in der Lage, den differenzierten Gestaltungswillen der Gesellschafter zu vollziehen[4].
Die gesellschaftsvertragliche Regelung kann die Vorstellungen der Gesellschafter zwar nicht gänzlich, wohl aber in größerem Umfang als das Gesetz verwirklichen[5].

Soll die OHG im Falle des Todes eines Gesellschafters mit einem oder mit mehreren Nachfolgern fortgeführt werden[6], so steht neben den Fragen der personellen Ersetzung[7] die Gestaltung des Nachfolgevorgangs[8] stark im Vordergrund des Gesellschafterinteresses. - Je nachdem, ob die Nachfolgeregelung im Todesfall vollständig und für alle Beteiligten bindend vorliegen und sich automatisch verwirklichen oder ob den Beteiligten im Todesfall ein mehr oder weniger breiter Einfluß auf die Gestaltung zukommen soll, sind die Gesellschafter bestrebt, die Nachfolge durch Fortsetzung der Mitgliedschaft des Verstorbenen oder im Wege einer Neubegründung der Gesellschafterstellung zu erreichen. Dabei ist das Bemühen unverkennbar, die Gesellschaft vor vermögensrechtli-

1) vgl.oben S. 8 ff; 83 ff;
2) vgl.oben S. 8 ff;
3) vgl.oben S. 12 ff;
4) vgl.oben S. 19 ff; 62 ff;
5) vgl.oben S. 66 ff;
6) vgl.oben S. 83 ff;
7) vgl.oben S. 85 ff;
8) vgl.oben S. 76 ff;

chen Ansprüchen der von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben abzuschirmen.
Im Falle der Fortsetzungsgestaltung vermag der erbrechtliche Vermögensanfall die Mitgliedschaft des Verstorbenen nicht nur auf einen Alleinerben als Nachfolger überzuleiten[1]; der Vorgang der Beerbung kann auch wirksamer, die Fortsetzung der Mitgliedschaft vollziehender Verfügungstatbestand sein, wenn alle Erben[2] oder nur einer von mehreren Erben[3] den verstorbenen Gesellschafter ersetzen soll[4].
Ist ein Dritter als Nachfolger des Verstorbenen vorgesehen, dem die Erbenqualität fehlt, so kann unter den aufgezeigten Voraussetzungen[5] durch Verfügungsvertrag unter Lebenden mit Wirkung auf den Todesfall die Fortsetzung der Mitgliedschaft - außerhalb des Erbrechts - erreicht werden[6].
Soll die Nachfolge auf den Todesfall sich im Wege einer Neubegründung der Gesellschafterstellung vollziehen, so bietet sich zwar nicht mehr das Bild einer geplanten und gesteuerten Kontinuität der Nachfolge wie bei der Fortsetzung der Mitgliedschaft, doch sind auch hier die Gesellschafter in der Regel bemüht, die mit der Neubegründung der Gesellschafterstellung verbundenen Unsicherheitsmomente abzuschwächen[7].

Aus all dem wird deutlich, daß die Vorstellung der Gesellschafter an den Belangen der Gesellschaft bzw. der Unternehmung sowie an den Gemeinschaftsinteressen und - soweit hiermit vereinbar - auch an den Einzelinteressen der Gesellschafter ausgerichtet ist. Von daher erhalten die unterschiedlichen Wege, Arten und Formen der rechtstechnischen Verwirklichung ihre Zwecksetzung und Bedeutung.

- Die verschiedenartigen Interessen der ausschließlich Nachlaßbeteiligten bleiben dabei außer acht. Die persönlichen Gläubiger des Verstorbenen wehren sich gegen eine Kürzung ihrer bisherigen Haftungsgrundlage. Die Pflichtteilsberechtig-

1) vgl. oben S. 112;
2) vgl. oben S. 113 ff;
3) vgl. oben S. 137 ff;
4) vgl. oben S. 136; 149
5) vgl. oben S. 154 ff
6) vgl. oben S. 176/177; 189;
7) vgl. oben S. 191 ff;

ten wollen die Beteiligung des Verstorbenen an der OHG bei der Feststellung des Pflichtteils berücksichtigt wissen. Die von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben fragen, ob sie sich im Wege des Miterbenausgleichs an den Gesellschaftererben[1] halten können, wenn ihnen Abschichtungsansprüche gegen die OHG nicht zustehen.

- Es würde indessen zu weit führen, alle Auswirkungen der Gestaltung des Personenwechsels auf das Recht der am Nachlaß Beteiligten zu erörtern. Eine Auswahl ist notwendig und angebracht. Diese orientiert sich an der rechtlichen Bedeutung der auftauchenden Probleme. - Lediglich die Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht bilden den Gegenstand der weiteren Untersuchung. Die bisher gewonnenen Ergebnisse werden zugrunde gelegt.

Hauptteil II

Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht

Die Gestaltung des Personenwechsels mit ihren aufgezeigten Ergebnissen und rechtlichen Begründungen berührt das ordentliche Pflichtteilsrecht sowie die Grundlagen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs.

Teil I

Der ordentliche Pflichtteilsanspruch

Der Pflichtteilsberechtigte[2] erwirbt mit dem Erbfall eine

1) Die Verpflichtung zur Wertanrechnung bzw. Ausgleichszahlung bejahen, falls nicht Anordnungen von Todes wegen entgegenstehen: Siebert, GV u. ErbR, 1958, S. 24; 43; ders. NJW 55, 809 (811 FN 20); ders. BB 56, 837 (839); Hueck, JZ 57, 222, (223); ders. DNotZ 52, 550 (554); ders. OHG, § 28 II 2; Liebisch ZHKR 116, 128 (152); G.u.D. Reinicke, NJW 57, 561 (563);- im Ergebnis auch BGH NJW 57, 180 (181): doch mit dem Hinweis auf Treu und Glauben. - a.A.: Zunft NJW 57, 1129 (1133);

2) Pflichtteilsberechtigt sind gem. § 2303 BGB die Abkömmlinge, Eltern und der Ehegatte des Erblassers. § 2309 BGB schränkt den Kreis der pflichtteilsberechtigten Angehörigen ein: Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.

gegen den Nachlaß gerichtete Geldforderung, wenn er durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 2303 I 1 und II 1 BGB), wenn er einen mit Beschränkungen oder Beschwerung versehenen, die Hälfte des gesetzlichen Erbteils jedoch übersteigenden Erbteil (§ 2306 I 2 BGB) oder ein Vermächtnis (§ 2307 I 1 BGB) ausschlägt sowie ferner, wenn ihm ein zu geringer Erbteil (§ 2305 BGB) oder ein zu geringes Vermächtnis (§ 2307 I 2 BGB) zugewandt wird[1].
Der volle Pflichtteil besteht in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils (§ 2303 I 2 BGB)[2].
Für die Berechnung des Pflichtteils wird der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrunde gelegt (§ 2311 I 1 BGB).
Bei der Bemessung des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs ist folglich die Beteiligung des Verstorbenen an der OHG zu berücksichtigen, wenn sie - als Abschichtungsanspruch oder als Gesellschafterstellung - zum Nachlaß gehört.

Kapitel 1: Die Nachlaßzugehörigkeit der Beteiligung des Verstorbenen an der OHG

Wenn im Falle des Todes eines Gesellschafters das Gesellschaftsverhältnis unter den überlebenden Mitgliedern der OHG[3] fortbesteht, fällt als Rechtsfolge des Ausscheidens (§ 138 HGB) der Anspruch auf das Abschichtungsguthaben gem. §§ 738 I 2 BGB, 105 II HGB, 1922 BGB in den Nachlaß.
Soweit nach dem Willen der Gesellschafter der Vollwert der wirtschaftlichen Beteiligung die Abfindungshöhe bestimmt[4], ist die Rechtslage wenig problematisch.

---

1) Der Ehegatte, der mit dem Erblasser im gesetzlichen Güterstand gelebt hat, erwirbt gem. §§ 2303 II 2, 1371 III BGB einen Pflichtteilsanspruch auch dann, wenn er die Erbschaft ausschlägt und ihm nach den erbrechtlichen Bestimmungen der Pflichtteil nicht zustünde.
2) § 2310 BGB bestimmt, welche Personen für die Ermittlung der maßgeblichen Erbquote mitzuzählen sind.
3) vgl. oben S. 8 ff;
4) vgl. oben S. 12/13;

Soll die Abfindung auf der Basis des Buchwertes oder eines zwischen Voll- und Buchwert, vielleicht auch unterhalb des letzteren liegenden Wertes erfolgen[1], so gehört bei einer entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung lediglich der in seiner Höhe herabgesetzte Abschichtungsanspruch zum Nachlaß[2] [3].

Für dieses Ergebnis werden unterschiedliche Begründungen vorgetragen: Siebert[4] erblickt in der Beschränkung des Abschichtungsanspruchs eine "unentgeltliche, durch den Tod des Gesellschafters aufschiebend bedingte Verfügung zugunsten der fortsetzenden Gesellschafter", die im Sinne des § 2301 II BGB vollzogen sei[5] und als Rechtsgeschäft unter Lebenden den Abschichtungsanspruch teilweise der Vererbung entziehe.

Buchwald[6] und Reinicke[7] betrachten die Beschränkung des Abschichtungsanspruchs im Gegensatz zu Siebert[8] [9] als gegenseitigen entgeltlichen[10] Vertrag. - In Höhe der Beschränkung falle der Kapitalwert der Mitgliedschaft im Todesfall den übrigen Gesellschaftern zu.

---

1) vgl. oben S. 14 ff;
2) vgl. auch Schlegelb.-Geßler, § 138 A 27d; Siebert, GV und ErbR, 1954, S. 10; Weipert in RGRK, § 138 A 31; Tiedau, MdR 59, 253 (256); BGH NJW 57, 180 (181); Buchwald, AcP 154, 22 (24); Wolf NJW 54, 1549;
3) Da der Ausschluß jeglicher Abfindung bzw. eine erheblich unter dem Buchwert liegende, sog. harte Abfindung dem Gestaltungsinteresse der Gesellschafter in der Regel nicht entspricht - vgl. oben S. 14 - und die gesellschaftsvertragliche Beschränkung des Abschichtungsanspruchs nicht ausschließlich auf eine Beschneidung der Pflichtteilsansprüche zielt, unterliegt eine derartige Abrede weder generellen Wirksamkeitsbedenken - vgl. Schlegelb.-Geßler, § 138 A 27b - noch erheben sich Zweifel an der Gültigkeit wegen einer unzulässigen Pflichtteilsbeeinträchtigung. - vgl. auch Tiedau, MdR 59, 253 (256) -;
4) GV u. ErbR, 1954, S. 10/11; ders. StbJb 55/56, 300 (309);
5) ablehnend Wolf, NJW 1954, 1549 (1550); jedoch ohne überzeugende Begründung.
6) AcP 154, 22 (24); FN 4;
7) G. u. D. Reinicke, NJW 57, 561 (562);
8) vgl. a.a.O.
9) gegen Siebert, a.a.O. auch BGH NJW 57, 180 (181), sowie Schlegelb.-Geßler, § 138 A 27 a.E.
10) der einzelne Gesellschafter geht das Risiko, einen Teil seines Kapitalwertes zu verlieren, im Hinblick auf die Chance ein, an dem Wertanteil eines vorversterbenden Gesellschafters zu partizipieren. - ablehnend Rittner, FamRZ 61, 505 (510).

Überwiegend[1] begnügt man sich mit dem Hinweis, es handele sich nicht um eine erbrechtliche, sondern um eine gesellschaftsrechtliche Regelung, die dem Interesse der Gesellschaft diene, keinen unzulässigen Eingriff in die Bestimmungen des Erbrechts bedeute und die daher im Gesellschaftsvertrag erfolgen könne.
Gegen Siebert[2] hat neuerdings Rittner[3] eingewandt, für die Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung fehle bereits ein geeigneter Verfügungsgegenstand. Der Abschichtungsanspruch komme als solcher nicht in Betracht, da er zuvor nicht bestanden habe; zugleich mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages[4] werde er ausgeschlossen oder beschränkt[5]. Die Beschränkung des Abschichtungsanspruchs sei eine gesellschaftsrechtliche und keine vermögensrechtliche Vereinbarung.

Der Auffassung Rittners[6] kann nicht gefolgt werden.
Wird die Abfindungshöhe für den Fall des Ausscheidens durch Tod gesellschaftsvertraglich herabgesetzt, so muß darin eine vermögensrechtliche Zuwendung an die überlebenden Gesellschafter gesehen werden. Verfügungsgegenstand ist der Anspruch "auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt" (§§ 717 S. 2 BGB, 105 II HGB); er entsteht mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages[7] und wird in § 738 I 2 BGB als "dasjenige" beschrieben, was der Gesellschafter "bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre"[8].

---

1) vgl. die oben S. 144 FN 2 Genannten;
dort betr. den Ausschluß von Abschichtungsansprüchen der übrigen Miterben.
2) a.a.O.
3) FamRZ 61, 505 (509);
4) gemeint ist nicht notwendig der Gründungsvertrag; der spätere Eintritt eines Gesellschafters bedeutet Neuabschluß; auch nachträgliche Abänderungen oder Ergänzungen des Vertrages fallen hierunter.
5) Der "Wert der Mitgliedschaft" ist auch nach Siebert nicht Verfügungsgegenstand; insoweit unrichtig Rittner, a.a.O., S. 510;
6) Rittner, a.a.O., S. 512;
7) vgl. auch Staud.-Keßler, § 717 A 18; Pal.-Gramm, 1962, § 717, 2c;
8) Der Auseinandersetzungsanspruch in § 717 S. 2 BGB ist nach Entstehung und Rechtsnatur - nicht nach dem Zeitpunkt der Geltendmachung und nicht notwendig in der Höhe - identisch mit dem Abschichtungsanspruch des § 738 I 2 BGB. Die Höhe des Anspruchs ist vorläufig unbestimmt - vgl. RGZ 60, 126

Über diesen Anspruch wird für den Fall und auf den Zeitpunkt des Ausscheidens durch Tod disponiert, nicht dagegen für den Fall einer Auflösung der OHG[1].

Der durch Tod ausscheidende Gesellschafter verzichtet vertraglich auf einen bestimmbaren Teil seines Abfindungsanspruchs; es handelt sich um eine Teilaufhebung durch Erlaßvertrag (§ 397 I BGB), deren Wirkung auf den Todesfall hinausgeschoben ist.

Dem steht nicht entgegen, daß die Begründung des Gesellschaftsverhältnisses und damit die Entstehung des Auseinandersetzungsanspruchs zeitlich mit dem Abschluß des aufschiebend bedingten Erlaßvertrages zusammenfallen.

Zwar wird darauf hingewiesen, daß § 397 BGB einen Tatbestand des Erlöschens von Schuldverhältnissen regele und "insofern eine bereits entstandene Forderung (Schuldverhältnis)" voraussetze[2]. Der "Erlaß" einer noch nicht entstandenen Forderung könne rechtlich nur bewirken, daß die Entstehung der künftigen Forderung von vornherein ausgeschlossen sei[3].

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, wenn der Erlaßvertrag abgeschlossen wird, ohne daß der Eintritt der Rechtswirkungen von einer Bedingung abhängig gemacht bzw. für die Wirkung des Rechtsgeschäfts ein Anfangstermin bestimmt wird (§§ 158, 163 BGB).
Andernfalls kommt es lediglich darauf an, daß zur Zeit des Eintritts der Rechtswirkungen die Forderung, auf die verzichtet wird, besteht.
Wenn aber ein zeitliches Nacheinander nicht schadet, so steht auch das Nebeneinander von Entstehung des Auseinandersetzungsanspruchs und Abschluß des aufschiebend bedingten Erlaßvertrages der Gültigkeit des letzteren nicht entgegen.

---

(130) - und von der Ermittlung durch die Gesellschafter bei der Auseinandersetzung - §§ 730-734 BGB; 145 ff HGB - oder bei der Abschichtung - §§ 738-740 BGB - abhängig. - vgl. auch Staud.-Keßler a.a.O.; Pal.-Gramm a.a.O.;

1) Wird die Gesellschaft aufgelöst, will derselbe Gesellschafter den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben in voller Höhe geltend machen. Möglicherweise werden abweichende Dispositionen auch für andere Ausscheidungsanlässe getroffen.
2) BGH, Urt.v.27.9.56; BB 56, 1086; zustimmend Pal-Gramm,1962, § 397 A 1 d;
3) BGH a.a.O.

Fraglich ist indessen, ob die in dem vertraglichen Teilverzicht des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters liegende vermögensrechtliche Zuwendung an die überlebenden Gesellschafter entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt.
Sieht man dieses Problem zugleich im Hinblick auf die Frage, ob der Pflichtteilsberechtigte eine Ergänzung seines Pflichtteils verlangen kann (§ 2325 BGB)[1], so kommt es darauf an, ob der vertragliche Teilverzicht eine Schenkung darstellt oder nicht.
Der Begriff der Schenkung erfordert außer einer den Beschenkten bereichernden Zuwendung die Einigung beider Vertragsteile, daß die Zuwendung unentgeltlich sein soll (§ 516 I BGB)[2].

Eine unentgeltliche Zuwendung liegt vor, wenn ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Gegenleistung gegenübersteht[3], bzw. wenn die eigene Leistung nicht mit einer als Ausgleich aufgefaßten Gegenleistung des Erwerbers oder eines Dritten[4] rechtlich verknüpft wird[5]. - Die Zuwendung darf auch nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit gemacht werden[6].

Dem aufschiebend bedingten Teilverzicht auf die Abfindungsforderung liegt eine entsprechende Verpflichtung nicht zugrunde.
Fraglich ist, ob ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Erlaßvertrag und einer Gegenleistung festgestellt werden kann.

Zwar erklärt sich der einzelne Gesellschafter, wenn mehrere oder alle Mitglieder der OHG im Todesfall ohne Möglichkeit der Nachfolge eines Dritten ausscheiden sollen[7], in der Regel nur dann mit einer herabgesetzten Abfindungsforderung einverstanden, wenn die in der gleichen Lage befindlichen Gesellschafter ebenfalls im voraus einen bedingten Teilver-

1) vgl. unten S. 263 ff;
2) vgl. Ballerstedt in Soergel-Siebert, II, § 516 A 12;
3) RGZ 125, 380 (383);
4) vgl. hierzu BGH NJW 51, 268;
5) vgl. Lange, Allg.T., 1963, § 41 III 4a, S. 254; Ballerstedt a.a.O., § 516 A 12; Staud.-Ostler, § 516 A 13; Enn.-Lehmann, § 120 II 3, S. 488 f;
6) Ballerstedt, a.a.O., § 516 A 12 u. 13; BGH NJW 51, 268;
7) vgl. hierzu oben S. 14 ff;

zicht leisten. Die Verfügungen stehen in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander. - Doch betrachten sich die Gesellschafter hier nicht als Träger entgegengesetzter Interessen, die ihre Leistungen im Hinblick auf eine als Äquivalent empfundene Gegenleistung bewirken.
Gegen die Unentgeltlichkeit des Teilverzichts kann nicht ins Feld geführt werden, der einzelne Gesellschafter gehe das Risiko, einen Teil seines Kapitalwertes zu verlieren, wegen der Chance ein, an dem Wertanteil eines vorversterbenden Gesellschafters zu partizipieren; der Charakter der Unentgeltlichkeit sei daher ausgeschlossen.[1)]
Zunächst ist schon fraglich, ob sich der einzelne Gesellschafter beim Unterschreiben der Abfindungsklausel überhaupt von derartigen spekulativen Gedankengängen leiten läßt[2)].

- Wird jedoch sein Handeln von solchen Gesichtspunkten beherrscht, so wird man kaum von zwei im rechtlichen Zusammenhang stehenden Leistungen sprechen dürfen, vielmehr ist die Hoffnung auf die Gegenleistung lediglich Beweggrund der eigenen Leistung.
Entscheidend ist aber, daß der einzelne Gesellschafter an den Wertanteilen vorversterbender Mitglieder der OHG gar nicht in dem Sinne partizipiert, daß er hierdurch in seiner Entscheidung über einen Teilverzicht beeinflußt würde.
Zwar hat der im Todesfall sich verwirklichende Teilverzicht eines Gesellschafters zur Folge, daß die Beteiligung der übrigen Gesellschafter am wirklichen Wert des Gesellschaftsvermögens stärker wird. Auf den Tod der Gesellschafter, die für diesen Fall ebenfalls einer niedrigeren Abfindungsforderung zugestimmt haben, wirkt sich der Teilverzicht jedoch nicht aus, weil das Abfindungsguthaben nach dem nominellen Kapitalanteil oder zusätzlich nach anderen Berechnungsgrundlagen bemessen wird, die schematisch gehandhabt werden und den wirklichen Wert des Gesellschaftsvermögens unberücksichtigt lassen[3)].

---

1) so G.u.D. Reinicke, NJW 57, 561 (562); in diesem Sinne auch Buchwald, AcP 154, 22 (24; FN 4); vgl. oben S. 219 FN 10;
2) vgl. auch Rittner, FamRZ, 61, 505 (510);
3) vgl. oben S. 73 ff;

Aus all dem erwächst der Anschein, die auf den Todesfall abzielende Teilaufhebung der Abfindungsforderung durch Erlaßvertrag werde schenkweise vorgenommen. - Doch muß diese Folgerung überprüft werden.
Der Einzelne verpflichtet sich im Gesellschaftsvertrag zu Leistungen allen übrigen Gesellschaftern gegenüber. Ist die Leistung vermögensrechtlicher Art, so wird die hierauf gerichtete Forderung der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter zugewendet[1].
Hierbei erscheint die Zuwendung des einen Gesellschafters nicht als Ausgleich für die Leistung des anderen; der einzelne Gesellschafter bewirkt die Zuwendung nicht im Hinblick auf eine Gegenleistung als Äquivalent für die eigene Leistung.

- Dennoch erfolgt die Zuwendung nicht schenkweise; die Gesellschafter vereinigen vielmehr ihre Leistungen, um mit Hilfe dieser Leistungsvereinigung den gemeinsamen Zweck zu erreichen[2].
Die Leistungsvereinigung zur Förderung des gemeinsamen Zwecks stellt die Zweckvereinbarung der Gesellschafter dar, sie bringt den Zweck zum Ausdruck, den jeder Gesellschafter mit seiner Zuwendung an die Gesamtheit der übrigen verfolgt. Dieser Zweck ist der mittelbare mit der Leistung erstrebte Rechtserfolg, ist die causa der Leistung[3].
Die Zweckvereinbarung der Gesellschafter ist Teil des die Zuwendung enthaltenden Verpflichtungsgeschäfts des einzelnen Gesellschafters mit den übrigen. - Beim aufschiebend bedingten Teilverzicht des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters gehört indessen die Kausalvereinbarung nicht zum Geschäftsinhalt. Die Zuwendung ist verselbständigt.

Der Teilverzicht erfährt jedoch durch die Zweckvereinbarung der Gesellschafter, im Wege der Herabsetzung der Abfindungs-

1) vgl. hierzu Enn.-Nipperdey, § 147 III, S. 913;
2) vgl. Larenz, SchuR II, 1962, S. 247; Enn.-Lehmann, § 175 I 3, S. 725; BGH NJW 51, 308; Schultze - v.Lasaux in Soergel-Siebert II Vorb. 8 zu § 705;
3) vgl. hierzu Lehmann, Allg.T., 1963, S. 146; Enn.-Nipperdey, § 148, S. 914 ff.

forderung für den Todesfall den Fortbestand der Gesellschaft zu sichern und dadurch den Betrieb des Handelsgewerbes zu fördern, seine endgültige Rechtfertigung.
Die Beschränkung der Abfindungsforderung beruht somit nicht auf einer Einigung der Gesellschafter, daß die Zuwendung an die überlebenden Gesellschafter unentgeltlich sein soll, stellt also keine Schenkung dar, sondern hat ihre causa in der Zweckvereinbarung der Gesellschafter bzw. in der gesellschaftsrechtlichen Beziehung[1].
Für die Fortbestandsgestaltung kann zusammenfassend gesagt werden, daß nur der niedrigere Abschichtungsanspruch zum Nachlaß des verstorbenen Gesellschafters gehört, wenn die Abfindung auf der Basis des Buchwertes oder eines anderen Wertes, der unterhalb des wirklichen Wertes der Kapitalbeteiligung liegt, erfolgen soll. Nur in dieser Höhe kann das Abschichtungsguthaben der Pflichtteilsberechnung zugrunde gelegt werden. - Die Beschränkung des Abschichtungsanspruchs bedeutet vertraglicher Teilverzicht des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters, dessen Wirksamkeit auf den Todesfall hinausgeschoben ist, und der nicht schenkweise erfolgt, sondern in der Fortbestands- und Erhaltungsabrede der Gesellschafter seinen Rechtsgrund findet.

Wird die OHG mit einem oder mit mehreren Nachfolgern anstelle des verstorbenen Gesellschafters fortgeführt und gestaltet sich der Nachfolgevorgang als Fortsetzung der Mitgliedschaft, so ist für die Frage der Nachlaßzugehörigkeit von Bedeutung, ob die Fortsetzung der Mitgliedschaft im Wege der Erbfolge oder außerhalb des Erbrechts durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit Wirkung auf den Todesfall erreicht wird. Letzterenfalls fällt die Mitgliedschaft nicht in den Nachlaß; ihr Wert kann für die Bemessung des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs nicht herangezogen werden[2].

1) vgl. im Ergebnis auch Ballerstedt in Soergel-Siebert, § 516 A 19; ähnlich Rittner, FamRZ 1961, 505 (511); - Den Schenkungscharakter lehnt auch der BGH ab - NJW 57, 180 (181) -, wenn die Beschränkung der Abfindungsforderung für alle Gesellschafter gilt. - a.A.: Siebert, GV u. ErbR 1954, S. 10/11;
2) a.A.: Lange, ErbR, § 31 V 5, S. 343.

Erwirbt der Nachfolger die Mitgliedschaft des Verstorbenen durch erbrechtlichen Vermögensanfall und erbt er allein, so ist die Situation unproblematisch. Die Mitgliedschaft gehört als einheitliches Rechtsverhältnis zum Nachlaß. Grundsätzlich finden "alle an die Nachlaßeigenschaft anknüpfenden Normen Anwendung", "soweit sie mit dem Wesen der Mitgliedschaft vereinbar sind"[1) 2)]. - Der Wert der Mitgliedschaft ist daher bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen.

Die Frage der Nachlaßzugehörigkeit beantwortet sich indessen nicht so eindeutig, wenn alle Erben oder nur einer von mehreren Erben die Mitgliedschaft des Verstorbenen fortsetzen.

Der Erwerb der Gesellschafterstellung beruht jeweils auf einer gesonderten erbrechtlichen Zuordnungsänderung: Werden alle Erben Gesellschafter, so wird die Mitgliedschaft im Erbfall vom übrigen Vermögen des Erblassers abgespalten und entgegen der zuordnungsändernden Wirkung der Gesamterbfolge des bürgerlichen Rechts jedem Erben selbständig und für sich zugewiesen[3)]. - Der zum alleinigen Nachfolger berufene Miterbe erwirbt die Gesellschafterstellung des Verstorbenen ebenfalls aufgrund gesonderter erbrechtlicher Zuordnungsänderung, und zwar mit voller Kapitalausstattung, wenn er den Kapitalanteil des Erblassers im bisherigen Umfang unverändert weiterführen soll[4)].

Die Gesamterbfolge des BGB leitet demgegenüber das Vermögen des Erblassers einheitlich auf mehrere Erben über; dabei sind alle Erben gemeinschaftlich mitberechtigt. Das BGB kennt mehrere Erben nur in der Rechtsstellung gesamthänderischer Ge-

---

1) so Siebert, GV u. ErbR, 1958, S. 43; ders. GV u. ErbR, 1954, S. 20; vgl. auch ders. NJW 55, 809 (810); Zunft, NJW 57, 1129 (1131);

2) Die von Liebisch vertretene Auffassung - ZHKR 116, 128 (137)-, die Sondergutseigenschaft der Mitgliedschaft - vgl. auch oben S.121 ff - habe die Ausklammerung aus dem Nachlaß zur Folge, die nachlaßbezogenen Rechtsnormen seien grundsätzlich auf die Mitgliedschaft nicht anwendbar, obwohl letztere der Erbfolge unterliege, beruht auf einer unzutreffenden Unterscheidung zwischen "Erbschaft" und "Nachlaß". - Beide Begriffe bezeichnen einheitlich das hinterlassene Vermögen. - vgl. Kipp-Coing, 1960, § 1 III 1, S. 5; Bartholomeyczik, ErbR, § 6 I 3, S. 30; gegen Liebisch auch Richardi, S. 12; - Für die Pflichtteilsberechnung stimmt Liebisch allerdings dem im Text vertretenen Ergebnis zu; die Mitgliedschaft soll gleichwohl Haftungsobjekt für die Nachlaßverbindlichkeiten sein.

3) vgl. oben S. 129 ff;

4) vgl. oben S. 149;

bundenheit[1]. - Hiernach bestimmt sich der Nachlaßbegriff des BGB, wenn mehrere Erben vorhanden sind. Maßgebend ist das den Erben gesamthänderisch zugeordnete Vermögen des Erblassers.

Danach würde die Mitgliedschaft nicht Nachlaßbestandteil sein können, wenn sie jedem Erben oder einem von mehreren Erben als außerhalb der Erbengemeinschaft stehender Einzelperson erbrechtlich zugewiesen worden ist.
Hier zeigt sich indessen, daß die Frage der Nachlaßzugehörigkeit nicht abstrakt und generell beantwortet werden kann; es kommt vielmehr auf die Rechtsnormen an, die an die Nachlaßeigenschaft anknüpfen. Es gibt keinen Nachlaß "an sich"; sein Rechtsgehalt bestimmt sich aus dem Funktionszusammenhang, in den der Nachlaß durch seine Bezogenheit auf Rechtsvorschriften gestellt ist.
So stellt sich etwa die Frage, ob die Mitgliedschaft zum Nachlaß im Sinne der Vorschriften über die Miterbengemeinschaft zählt. - Für die Pflichtteilsberechnung interessiert allein, ob die Mitgliedschaft im Rahmen der Bemessung des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs Nachlaßbestandteil ist, ob man folglich ihren Wert berücksichtigen muß.
Hierbei ist zu beachten, daß das Pflichtteilsrecht den nächsten Angehörigen des Erblassers einen Mindestanteil am hinterlassenen Vermögen sichert. Im Pflichtteilsrecht vollzieht sich der Ausgleich zwischen Testierfreiheit des Erblassers und der Gebundenheit seines Vermögens an die natürlichen Ordnungen, in denen und für die er sein Vermögen erwirbt, nämlich Familie und Ehe[2].
Für die Nachlaßzugehörigkeit der Mitgliedschaft im Rahmen der Pflichtteilsberechnung kommt es daher weniger auf die Art der erbrechtlichen Zuordnungsänderung an, der die Mitgliedschaft unterworfen ist, als vielmehr auf die Zugehörigkeit zum hinterlassenen Vermögen des Erblassers. Da die Mitgliedschaft Gegenstand der Erbfolge ist, der erbrechtliche Vermögensanfall die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch alle oder einen von mehreren Erben bewirkt, muß der Wert der Ge-

1) vgl. oben S. 111;
2) vgl. Bartholomeyczik, ErbR, § 4 I 3 c, S. 18.

sellschafterbeteiligung in die Ermittlung der Höhe des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs einbezogen werden[1].

Vollzieht sich die Nachfolge auf den Todesfall im Wege einer Neubegründung der Gesellschafterstellung in der Person des Nachfolgers, so fällt der Abschichtungsanspruch in den Nachlaß und unterliegt der Pflichtteilsberechnung, es sei denn, er würde durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall und den Eintrittszeitpunkt unmittelbar oder mittelbar dem Nachfolger zugewendet[2].
Das gilt ohne Einschränkung allerdings nur für den Fall der treuhänderischen Übertragung des Abschichtungsanspruchs an die überlebenden Gesellschafter, die ihrerseits die Forderung an den in die OHG eintretenden Nachfolger weiterleiten. -

Soll die Verfügungswirkung dagegen durch Rechtsgeschäft zwischen dem durch Tod ausscheidenden Gesellschafter und dem vorgesehenen Nachfolger oder durch eine entsprechende Vereinbarung der Gesellschafter zugunsten des Nachfolgers herbeigeführt werden, so tritt die beabsichtigte Zuordnungsänderung nicht bereits im Todesfall, sondern erst ein, wenn der Nachfolger in die OHG aufgenommen wird.[3] Es handelt sich um Rechtsgeschäfte auf den Todesfall und auf den Eintrittszeitpunkt.
Für den Erbfall bedeutet dies, daß der Abschichtungsanspruch vom Erbrecht erfaßt wird und zunächst zum Nachlaß gehört. Es handelt sich allerdings um eine Forderung, über die unter Lebenden aufschiebend bedingt verfügt worden ist. Diese Rechtslage wirkt gegen alle Nachlaßbeteiligten. Der Eintrittsberechtigte ist durch die Vorschriften der §§ 160 I, 161 I 1, 2 BGB geschützt. - Zum hinterlassenen Vermögen gehört ein anwartschaftsbelasteter[4] Abschichtungsanspruch, der im Falle

1) a.A.: BGH NJW 57, 180 (181), wenn einer von mehreren Erben die Mitgliedschaft fortsetzt. Danach erwirbt der begünstigte Miterbe kraft Erbrechts lediglich einen seiner Nachlaßquote entsprechenden Teil der Gesellschafterstellung. - vgl. oben S. 147; Folglich kann auch nur dieser Teil der Pflichtteilsberechnung zugrundegelegt werden. Ein kaum billigenswertes Ergebnis!
2) vgl. oben S. 213;
3) vgl. oben S. 213;
4) vgl. Lange, Allg.T., 1963, § 45 III 2, S. 286; Lehmann, Allg.T. 1960, § 35 A VI 1 a, S. 267.

des Eintritts des Nachfolgers in die OHG dem Nachlaß endgültig entzogen wird. Die Nachlaßbeteiligten müssen diese auf Rechtsgeschäft unter Lebenden beruhende Zuordnungsänderung gegen sich gelten lassen[1].

Daß die Forderung in der Zwischenzeit zum Nachlaß gehört, ist bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen. Die Erben sind Inhaber der auf Abschichtung gerichteten Forderung, doch ist ihre Rechtsposition wegen der Anwartschaft des vorgesehenen Nachfolgers auflösend bedingt[2]. - Nach § 2313 I 2 BGB kommen Rechte, die von einer auflösenden Bedingung abhängig sind, als unbedingte in Ansatz. Tritt die Bedingung ein, so hat die der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen (§ 2313 I 3 BGB). - Auflösend bedingte Rechte werden somit ungeachtet der Möglichkeit ihres späteren Wegfalls voll in Rechnung gestellt.

Aus dem Vorbehalt der Ausgleichung (§ 2313 I 3 BGB) geht jedoch hervor, daß trotz des Grundsatzes, nach dem die Verhältnisse zur Zeit des Erbfalls maßgebend sind (§ 2311 I 1 BGB), die weitere Entwicklung nicht unberücksichtigt bleiben darf; ist zur Zeit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs die Bedingung eingetreten, so darf das auflösend bedingte Recht nicht mehr veranschlagt werden[3].

Der mit dem Anwartschaftsrecht des Nachfolgers belastete Abschichtungsanspruch ist daher entweder in Ansatz zu bringen und nachträglich auszugleichen, wenn sich der Pflichtteil wegen der Aufnahme des Nachfolgers in die OHG (Bedingungseintritt) vermindert, oder er bleibt unberücksichtigt, wenn der Nachfolger zur Zeit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bereits in die OHG eingetreten ist.

Kapitel 2: Der Wert der Beteiligung im Nachlaß.

Der Erörterung der Nachlaßzugehörigkeit folgt die Untersu-

---

1) vgl. oben S. 203;
2) vgl. Larenz, SchuR, II, 1962, § 39 IIc, S. 72; ders. 1964, S. 75/76; für die Stellung des Verkäufers beim Eigentumsvorbehalt. - Ebenso: Enn.-Lehmann, § 118 B III 1a, S. 479; - sinngemäß: Esser, SchuR, 1960, § 108, 5, S. 505/506;
3) vgl. Staud.-Ferid, § 2313 A 21 für aufschiebend bedingte Rechte.

chung, mit welchem Wert die Beteiligung des Verstorbenen an der OHG bei der Pflichtteilsberechnung zu veranschlagen ist.

A) im Falle der Fortbestandsgestaltung

Für die Fortbestandsgestaltung ist die Antwort kaum problematisch. Hier entscheidet der Vollwert der wirtschaftlichen Beteiligung oder der niedrigere Abschichtungsanspruch. Letzterer berechnet sich auf der Grundlage gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung[1]; diese bestimmt den Wert des Anspruchs zur Zeit des Erbfalls im Sinne des § 2311 I 1 BGB[2].
Der Vollwert der wirtschaftlichen Beteiligung in der rechtlichen Form des Abschichtungsanspruchs liegt nicht klar und zweifelsfrei bezifferbar auf der Hand. Daher muß zum gesetzlich vorgeschriebenen Feststellungsmittel, der Schätzung, gegriffen werden (§ 2311 II BGB)[3].
Unter "Wert" i.S. des § 2311 BGB, der im Schätzungswege zu ermitteln ist, wird übereinstimmend "der gemeine Wert nach allgemeiner Verkehrsauffassung" verstanden[4]. Die "allgemeinen Schätzungsgrundsätze" werden für maßgeblich erklärt[5]. Eine wirtschaftliche Einheit soll als solche berücksichtigt werden.[6][7]

Im Rahmen der Pflichtteilsberechnung muß daher der Wert des Abschichtungsanspruchs in derselben Weise ermittelt werden, wie es unter der Geltung des § 738 I, 2 BGB geschieht. - Diese Vorschrift bestimmt die Höhe der zum Nachlaß gehörenden Abschichtungsforderung.

---

1) vgl. oben S. 73 ff; 81 f;
2) vgl. auch Sudhoff, NJW 61, 801 (802);
3) § 2311 II BGB entspricht der Vorschrift des § 738 II BGB hinsichtlich der Wertermittlung beim Gesellschaftsvermögen.
4) vgl. Staud.-Ferid, § 2311, A 31; Ehard-Eder in Soergel-Siebert, § 2311 A 4; Bayer.Ob.LG, OLGE 44, 105; Kipp-Coing, § 9 II 2 a, S. 41: grundsätzlich nicht der Ertragswert. - BGB-RGRK § 2311 A 14;
5) vgl. die in der voraufgegangenen FN Genannten;
6) so Staud.-Ferid, a.a.O. Anm. 33; Kipp-Coing, a.a.O., S. 42; der Nachlaß ist als Einheit zu bewerten; die Zusammenhänge der einzelnen Gegenstände unter sich und mit dem Ganzen müssen gewürdigt werden.
7) daß die Rechtspraxis trotz ihres Bemühens, die Bewertung auf das ganze zu richten, immer wieder die Einzelteile bewertet und die Ergebnisse addiert hat, zeigt deutlich RGZ 94, 106 (107/108) und ist von Schmalenbach, ZfhF 1917/18, 129 ff so-

Ausgangspunkt bei der Pflichtteilsberechnung ist daher die Ermittlung des Wertes des Gesellschaftsvermögens. Insoweit kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden[1]. Wie aufgezeigt[2], kommen unter praktisch ergebnisbezogenem Aspekt zwei Gruppen von Wertungswegen in Betracht, nämlich die Wertermittlung unter Berücksichtigung des Prinzips der Bewertung einer wirtschaftlichen Einheit als Ganzes und die Wertermittlung durch Addition von Einzelwerten. Der letztere Wertungsweg wird von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung bevorzugt[3].
Die Regelung des Gesetzes bzw. die mit ihr in Einklang stehenden Wertungswege lassen ein eindeutig bezifferbares Wertergebnis nicht zu[4]. Dieser Nachteil muß bei der Pflichtteilsberechnung in Kauf genommen werden.

B) im Falle der Neubegründung der Gesellschafterstellung

Im Falle einer Neubegründung der Gesellschafterstellung in der Person des Nachfolgers bereitet die Frage des Wertansatzes keine weiterreichenden Schwierigkeiten; der Abschichtungsanspruch kann in voller Höhe oder lediglich in beschränktem Umfang[5] zu berücksichtigen sein.
Wird der Abschichtungsanspruch dem vorgesehenen Nachfolger durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall und den Eintrittszeitpunkt unmittelbar[6] zugewendet, so ist die Forderung einstweilen vollauf in die Pflichtteilsberechnung einzustellen, es sei denn, der vorgesehene Nachfolger wäre bereits zur Zeit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs neuer Gesellschafter der OHG[7].

---

wohl für die preußische Steuerpraxis (S. 147 ff) als auch für die Rechtssprechung des Pr.OVG in Staatssteuersachen - vgl. Urt.v.17.5.1897, AS Bd. 6, S. 30 ff - nachgewiesen worden.

1) vgl. oben S. 19 ff;
2) vgl. oben S. 24 ff;
3) vgl. oben S. 22, 49ff; 53 ff;
4) vgl. oben S. 64 f;
5) maßgeblich ist der Gesellschaftsvertrag; a.A.: offenbar Tiedau MDR 59, 253 (256); danach soll der Pflichtteilsberechnung stets der "volle Wert der Gesellschaftsbeteiligung" zugrundegelegt werden.
6) also nicht über das Vermögen der überlebenden Gesellschafter;
7) vgl. oben S. 229;

C. im Falle der erbrechtlich bewirkten Fortsetzung der Mitgliedschaft; Berücksichtigung gesellschaftsvertraglicher Abfindungsklauseln

Gestaltet sich der Nachfolgevorgang als Fortsetzung der Mitgliedschaft und leitet der erbrechtliche Vermögensanfall die Gesellschafterstellung des Erblassers auf einen oder mehrere Erben über, richtet sich der ziffernmäßige Ansatz bei der Pflichtteilsberechnung nach dem wirklichen Wert der Mitgliedschaft. Dieser bemißt sich wie bei der Berechnung der vollen Abschichtungshöhe nach dem Wert des Gesellschaftsvermögens, der auf der Grundlage der Unternehmensfortführung zu ermitteln ist[1].

Problematisch ist indessen, ob und gegebenenfalls auf welche Weise gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln den wertmäßigen Ansatz der erbrechtlich erworbenen Mitgliedschaft im Rahmen der Pflichtteilsberechnung beeinflussen.
Der Gesellschaftsvertrag kann beispielsweise anordnen, daß ein Gesellschafter ausscheidet und auf der Grundlage des Buchwertes - bzw. eines zwischen Voll- und Buchwert oder eines unterhalb des letzteren liegenden Wertes - abgefunden wird, wenn der Gesellschafter kündigt oder ihm aus wichtigem Grund gekündigt wird, wenn ein Privatgläubiger die Gesellschaft kündigt oder wenn der Konkurs über das Gesellschaftervermögen eröffnet wird[2].
Dann kann folgende Situation eintreten: Der ordentliche Pflichtteilsanspruch ist für die Zeit des Erbfalls auf der Basis des wirklichen Wertes der Mitgliedschaft ohne Beachtung von Abfindungsklauseln berechnet worden. Der Pflichtteilsberechtigte kündigt unter den Voraussetzungen des § 135 HGB die OHG, weil der Nachlaß fast ausschließlich aus der Mitglied-

1) vgl. oben S. 18 ff;
2) Auf die Zulässigkeitsgrenzen der für diese oder andere Ausscheidensfälle vorgesehenen Abfindungsbeschränkungen bzw. Ausschlußregelungen braucht nicht eingegangen zu werden. - vgl. hierzu etwa Schlegel.-Geßler, § 138 A 27; 27a; 27b; Glunz, Diss., S. 167 ff.

schaft, die der Erbe fortsetzt, besteht und weil privates Vermögen des Erben in nur unerheblichem Maße vorhanden ist. - Übersteigt der Vollwert der Mitgliedschaft den nominellen Kapitalanteil des Gesellschafter-Erben erheblich und schreibt der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens eine Abfindung vor, die unterhalb der buchmäßigen Beteiligung liegt, vielleicht sich auf die Hälfte des nominellen Wertanteils beläuft, so muß der Erbe möglicherweise mehr zahlen, als er im Ergebnis aus dem Nachlaß erhält[1].

Das entspricht sicherlich nicht dem Zweck des Pflichtteilsrechts, das zwischen dem Erben und den nächsten Angehörigen des Erblassers einen angemessenen Ausgleich schaffen, den Erben aber wertmäßig nicht schlechter als den Pflichtteilsberechtigten stellen will[2].

Das oben aufgezeigte Mißverhältnis zwischen Leistungspflicht und verfügbarem Vermögen ist u.a. darin begründet, daß der Erbe zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs nicht den Vollwert seiner Mitgliedschaft, sondern nur den niedrigeren Abschichtungsanspruch zu Geld machen kann[3]. Der Vollwert der Mitgliedschaft ist nicht "realisierbar".

Hieraus folgert Siebert[4], daß der Wert eines Nachlaßgegenstandes im Rahmen der Pflichtteilsberechnung nicht losgelöst von der Realisierbarkeit zur Zeit des Erbfalls betrachtet werden dürfe.

Andere Autoren haben das Problem allgemeiner gefaßt und gefragt, ob bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen sei, daß der Erbe, der die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters fortsetze, möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt aus irgendeinem der gesellschaftsvertraglich benannten Gründe - nicht lediglich im Zusammenhang mit der Befriedigung von Nachlaßverbindlichkeiten - ausscheide und nur einen Teil seiner wirtschaftlichen Beteiligung ausbezahlt erhalte[5].

---

1) vgl. das eingehende Beispiel von Siebert, NJW 60, 1033;
2) vgl. Siebert, NJW 60, 1033 (1034);
3) von der Ausnahme, daß der Erbe nach dem Gesellschaftsvertrag seinen Gesellschaftsanteil zu veräußern berechtigt ist, abgesehen.
4) NJW 60, 1033 (1034);
5) vgl. Tiedau, MDR 59, 253 (256); Sudhoff, NJW 61, 801 ff (801; 802); Goroncy, NJW 62, 1895 ff.

Mehrere Lösungsmöglichkeiten sind im Verlauf einer lebhaften wissenschaftlichen Diskussion aufgezeigt worden; diese unterscheiden sich im Ansatz darin, ob die Mitgliedschaft im Rahmen der Pflichtteilsberechnung mit dem klauselmäßig beschränkten Abfindungswert, mit ihrem ohne Rücksicht auf die Abfindungsklauseln ermittelten wirklichen Wert oder mit einem Zwischenwert beziffert werden soll, der die Möglichkeiten eines späteren Ausscheidens nicht außer acht läßt, sondern wertmäßig zum Ausdruck bringt.

AA) Der Abfindungswert als Bemessensgrundlage

Geht man von der Forderung Sieberts aus[1], bei der Bewertung im Rahmen der Pflichtteilsberechnung auf die "Realisierbarkeit" abzustellen, so ist man versucht, den verhältnismäßig niedrigen Abfindungswert der ererbten Mitgliedschaft als Bemessensgrundlage des Pflichtteils anzusehen. - Auf diese Weise würde das Interesse des Gesellschaftererben im hohen Maße befriedigt[2].
Rechtskonstruktiv will Siebert[3] die Mitgliedschaft hinsichtlich der zur Zeit des Erbfalls nicht realisierbaren Differenz zwischen Vollwert und Abfindungswert als aufschiebend bedingtes Recht behandeln, das gemäß § 2313 I 1 BGB außer Ansatz bleibt, bis bei Bedingungseintritt - Realisierbarkeit des Vollwertes[4] - entsprechend § 2313 I 3 BGB eine nachträgliche Ausgleichung erfolgen muß[5]. - Für die Zeit zwischen Erbfall und späterer Realisierbarkeit des Vollwertes denkt Siebert an eine Beteiligung des Pflichtteilsberechtigten an dem vom Gesellschaftererben erzielten und entnahmefähigen[6] Gewinn, falls der Abfindungswert der Mitgliedschaft niedriger ist als die Bemessensgrundlage der Gewinnbeteiligung.

1) a.a.O., S. 1034;
2) vgl. auch Siebert a.a.O., S. 1035;
3) a.a.O., S. 1035;
4) etwa Auseinandersetzung infolge Auflösung der OHG; Aufhebung der Abfindungsklausel, Einverständis der übrigen Gesellschafter mit einer Veräußerung des Gesellschaftsanteils;
5) vgl. auch Sudhoff, a.a.O., S. 802, der diese Lösung ebenfalls erwägt;
6) weil realisierbaren;

Die Überlegung, den ordentlichen Pflichtteilsanspruch zunächst nach dem geringeren Abfindungswert zu berechnen undden Vollwert als aufschiebend bedingtes Recht zu behandeln, führt jedoch zu bedenklichen Aspekten, die bereits Siebert[1] und Sudhoff[2] hervorgehoben haben: Der Pflichtteilsberechtigte trägt das Risiko, das sich der Vollwert der Mitgliedschaft eines Tages durch Kündigung des Gesellschaftererben oder eines Privatgläubigers bzw. aus einem anderen Anlaß, der zum Ausscheiden führt, in den beschränkten Abfindungsanspruch verwandelt. Im Verhältnis zum Pflichtteilsberechtigten sollte dieses Risiko jedoch der Gesellschaftererbe tragen[3].
- Ist die Ausgleichszahlung auf den künftigen Bedingungseintritt - Realisierbarkeit des Vollwertes - abzustellen, nimmt der Pflichtteilsberechtigte an den zwischenzeitlichen Wertsteigerungen und Wertminderungen, welche die Mitgliedschaft aus verschiedensten Gründen[4] erfährt, teil, obwohl es sich hierbei um einen Bereich handelt, der sich dem Einfluß und der Verantwortung des Pflichtteilsberechtigten entzieht.
Gegen die zusätzliche Gewinnbeteiligung des Pflichtteilsberechtigten hat Sudhoff[5] insbesondere aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen starke Bedenken erhoben. Diese sind auch insofern begründet, als man dem Gesellschaftererben - gestützt auf Billigkeitserwägungen[6] - keine Unterbeteiligung aufzwingen kann[7].

Gegen die dargestellte Lösung spricht jedoch in der Hauptsache, daß der niedrigere Abfindungswert als Ausgangsbasis der Pflichtteilsberechnung nicht in Betracht kommt. Zwar lassen die Ausführungen Sieberts, der Vollwert der Mitgliedschaft sei im Gegensatz zum niedrigeren Abfindungswert hinsichtlich seiner "Realisierbarkeit" "aufschiebend bedingt", so daß eine analoge Anwendung des § 2313 I BGB[8] erwogen werden könnte, den entscheidenden Einwand nicht zu. Doch ist der Ausgangsgedanke

---

1) a.a.O., S. 1036;
2) a.a.O., S. 802/803;
3) nicht ganz überzeugend; vgl. zur Verteilung des Risikos unten S. 258 ff;
4) betriebliche und außerbetriebliche Einflüsse, nachlässige Geschäftsführung, erfolgreicher persönlicher Einsatz des Gesellschaftererben usw.;
5) a.a.O., S. 803;
6) vgl. Siebert, a.a.O., S. 1035;

nicht zu billigen, im Rahmen der §§ 2311 ff BGB - und damit im Zeitpunkt des Erbfalls - sei der "realisierbare" Abfindungswert maßgeblich.
Die Wertermittlung zur Berechnung des Pflichtteils kann nicht auf eine Rechtslage abstellen, die gar nicht gegeben ist. Der Wert der Mitgliedschaft sinkt erst im Falle des Ausscheidens auf den niedrigeren Abfindungswert.
Diesen zur Ausgangsposition zu machen, hieße einseitig auf eine von mehreren Nutzungsarten, welche die Mitgliedschaft in der OHG gewährt, - dazu auf eine künftige, ungewisse - abstellen. Ob der Gesellschaftererbe künftig aus der Gesellschaft ausscheidet, steht zur Zeit des Erbfalls nicht fest. - Demgegenüber bliebe die gegenwärtige und auch für die Zukunft zunächst zu erwartende Art der Nutzung, nämlich Fortsetzung der Mitgliedschaft und Ausübung der Rechte, die sie vermittelt, völlig außer Betracht. - Daher muß die Wertermittlung davon ausgehen, daß der Erbe Gesellschafter ist, nicht, daß er ausscheiden könnte.
Die Unterscheidung zwischen dem realisierbaren Abfindungswert und dem nicht realisierbaren Vollwert stellt sich für Siebert als Bewertungsproblem der Pflichtteilsberechnung dar. Das ist es jedoch in Wahrheit nicht. Die mangelnde Mobilität der Gesellschaftsanteile bei der OHG ist bereits bei der Bewertung des Gesellschaftsvermögens berücksichtigt worden. Die Höhe des Kapitalisierungszinsfußes bei der Ermittlung des Reinertragswertes bestimmt sich u.a. nach der Mobilität der Anteile an einer Unternehmensform[1]. - Dieser wertbestimmende Faktor hat sich daher bereits ausgewirkt, da der Vollwert der Mitgliedschaft sich als Anteilswert nach dem Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens richtet.
Es wäre deshalb nicht gerechtfertigt, bei der Wertermittlung im Rahmen der §§ 2311 ff BGB die fehlende Möglichkeit, den Gesellschaftsanteil zu veräußern bzw. den Vollwert der Mitgliedschaft auf andere Weise rasch zu Geld zu machen, durch einen

---

7) vgl. auch Sudhoff, a.a.O., S. 803;
8) analog, weil nicht das "Recht" i.S. des § 2313 I BGB, sondern die Realisierbarkeit seines Vollwertes aufschiebend bedingt ist.

1) vgl. oben S. 42 und daselbst FN 6;

niedrigeren Wertansatz zu berücksichtigen. Man würde sonst einen Einflußfaktor doppelt in Rechnung stellen[1].

Das alles nötigt zu dem Schluß, daß sich der maßgebliche Wert zur Zeit des Erbfalls nach der Fortsetzung der Mitgliedschaft in der über den Tod des Gesellschafters hinaus fortgeführten OHG bemißt. Der nach dem Gesamtwert des Gesellschaftsvermögens - ermittelt auf der Grundlage der Unternehmensfortführung - berechnete Anteilswert der Mitgliedschaft ist mindestens Ausgangswert[2] im Rahmen der §§ 2311 ff BGB[3].

BB) Vollwert und Leistungsverweigerungsrecht

Den Vollwert der Mitgliedschaft als Bemessensgrundlage für den Pflichtteil wählt auch Siebert[4] in der zweiten von ihm vorgeschlagenen Lösung, welche zugleich die oben[5] mitgeteilten "bedenklichen Konsequenzen"[6] vermeiden soll, die sich aus einer Zugrundelegung des niedrigeren Abfindungswertes ergeben. - Es ist einleuchtend, daß der Pflichtteilsberechtigte weder an Wertsteigerungen noch an Wertminderungen der Mitgliedschaft aus der Zeit nach dem Erbfall teilnimmt, wenn für die Berechnung des Pflichtteils der Vollwert der Mitgliedschaft im Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend ist[7][8].

---

1) Dieser Zusammenhang wird von Goroncy nicht richtig gesehen; vgl. NJW 62, 1895 (1897) - Ein Abschlag vom Vollwert der Mitgliedschaft erübrigt sich nicht deshalb, weil für betriebliche Vermögen der Markt und damit die Austauschbarkeit fehlt.
2) so für Goroncy, a.a.O., S. 1897 f und Sudhoff, a.a.O., S. 803 l. Sp.
3) Ob dieser Wert nur ein vorläufiger ist, und daher zu einem endgültigen Wert i.S. des § 2311 BGB modifiziert werden muß - so insbesondere Goroncy, a.a.O., S. 1898 ff - oder ob der im Text benannte Ausgangswert als endgültig i.S. des § 2311 BGB zu betrachten ist und lediglich Veränderungen durch die Anwendbarkeit des § 2313 BGB unterliegt, wird sich später zeigen. vgl. unten S.255 ff;
4) a.a.O. S. 1036, r.Sp.;
5) S.234 f;
6) so Siebert, a.a.O., S. 1036;
7) vgl. auch Siebert, S. 1037, l.Sp.
8) Inwieweit allerdings der Erbe das Risiko zu tragen hat, daß sich der Vollwert später in den beschränkten Abfindungsanspruch verwandelt, so daß die "bedenklichen Konsequenzen" der zunächst erörterten Lösung auch insoweit entfallen, vermag erst eine spätere Untersuchung zu beantworten. - vgl. unten S.255 ff;

Für eine Zugrundelegung des vollen Wertes der Mitgliedschaft hat sich als erster Tiedau[1] ausgesprochen. Heute wird dieser Ausgangswert auch von Sudhoff[2], Rittner[3] und Geßler[4] befürwortet.

Während jedoch nach Tiedau[5] der auf der Grundlage des Vollwertes berechnete Pflichtteilsanspruch in seiner Höhe unverändert bleibt und weiterhin durchsetzbar ist, selbst wenn sich die Mitgliedschaft in einen beschränkten Abfindungsanspruch verwandelt[6], wollen Siebert[7] und Sudhoff[8] die mangelnde Realisierbarkeit der vollwertigen Mitgliedschaft dadurch berücksichtigen, daß der Gesellschaftererbe unter Berufung auf § 242 BGB die Leistung teilweise verweigern kann. Einstweilen braucht er nur soviel zu zahlen, wie sich unter Zugrundelegung des niedrigeren Abfindungswertes als Pflichtteil ergeben würde[9].

Siebert will mit diesem Lösungsweg - in Anlehnung an die Auffassung des BGH[10] zur Frage der Pflichtteilsberechnung beim Grundstückspreisstop[11] - einen angemessenen Interessenaus-

---

1) MDR 59, 253 (256);
2) NJW 61, 801 (803); allerdings im Sinne eines auflösend bedingten Wertes, auf den § 2313 I 2 BGB anzuwenden sei.
3) FamRZ 61, 505 (515);
4) Schlegelb.-Geßler, § 138 A 27 d;
5) a.a.O.;
6) weil der Gesellschaftererbe seine Verbindlichkeit nicht erfüllen kann und der Pflichtteilsberechtigte daraufhin gem. § 135 HGB die Gesellschaft kündigt;
7) a.a.O., S. 1036;
8) a.a.O., 803/804;
9) Das vorläufige Leistungsverweigerungsrecht erlischt, wenn der Erbe den Vollwert der Mitgliedschaft später realisieren kann oder wenn der Abfindungsfall in seiner Person eintritt; es sei denn, das Risiko des Eintritts trage ausnahmsweise der Pflichtteilsberechtigte; - so bei notwendigem Ausscheiden zwecks Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit und beim Ausscheiden im Rahmen des § 139 HGB bzw. aufgrund ordentlicher, in der Frist des § 139 III HGB erfolgter Kündigung. - vgl. Siebert, NJW 60, 1033 (1037/1038); zustimmend: BGB-RGRK § 2311 A 21;
10) Urt.v. 25.3.54, BGHZ 13, S. 45 ff;
11) Danach ist nicht der gesetzlich vorgeschriebene Höchstpreis, sondern der in der Regel darüber hinausreichende wahre innere Wert des Grundstücks maßgebend, der ohne Preisstop auch die Preisbildung bestimmen würde. - Daß der Erbe zunächst nur den Stoppreis realisieren kann, berücksichtigt der BGH durch die Zubilligung eines Leistungsverweigerungsrechts hinsichtlich des Unterschiedsbetrages, der sich ergibt, wenn bei der Pflichtteilsberechnung einmal der Stoppreis, zum anderen der wahre innere Grundstückswert zugrunde gelegt wird. - vgl. BGHZ, a.a.O. S. 48; - vgl. auch schon Kohler, NJW 51, 548 f; die

gleich herbeiführen: Dem Pflichtteilsberechtigten wird mit der Zugrundelegung des Vollwertes gedient; der mangelnden Realisierbarkeit soll das Leistungsverweigerungsrecht des Gesellschaftererben angepaßt sein.

Ob der Gesellschaftererbe die Leistung - sei es nur vorübergehend - gestützt auf § 242 BGB teilweise verweigern kann, soweit die Höhe des Pflichtteilsanspruchs auf der nicht realisierbaren Differenz zwischen dem Vollwert und dem Abfindungswert der Mitgliedschaft beruht, ist allerdings fraglich.

Zunächst ist zu beachten, daß die praktische Anwendung des Grundgedankens von Treu und Glauben[1] nicht jede für den Gegner unbequeme und nachteilige Rechtsverfolgung als Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme verbietet[2]. Nicht jeder "unbilligen Rechtsverfolgung" kann entgegengetreten werden[3]. - Es besteht "keine allgemeine sittliche Verpflichtung, die Ausübung eines Rechts zu unterlassen, wenn sie einem anderen zum Schaden gereicht, und damit das eigene berechtigte Interesse dem Interesse des anderen nachzusetzen"[4].
Ein Verstoß gegen Treu und Glauben ist erst gegeben, wenn ein Partner des Rechtsverhältnisses in einer offenbar unbilligen und dem Sinn der bestehenden rechtlichen Verbindung wider-

---

dort entwickelten Gedanken stimmen mit der Auffassung des BGH im wesentlichen überein.

1) Es handelt sich um einen im gesamten Rechtsleben wirksamen Rechtsgrundsatz, dem über die Einzelnormierung hinaus - vgl. etwa §§ 242, 157, 162, 826 BGB - allgemein Geltung zukommt. - vgl. Soergel-Siebert, § 242 A 1; BGB-RGRK, § 242 A 126 m.w. Nachw.; RGZ 113, 19 (24); RGZ 146, 35 (38); RGZ 146, 385 (396); - § 242 BGB findet auch auf das Verhalten des Pflichtteilsberechtigten als Gläubigers einer Leistung Anwendung, die Gegenstand einer gesetzlich begründeten Schuldnerpflicht ist: Die Vorschrift hat sich von einer die Art und Weise der schuldnerischen Leistung betreffenden Regelung zu einer Norm entwikkelt, die das gesamte Verhalten von Schuldner und Gläubiger sowie den Leistungsinhalt schlechthin durchdringt, gleichgültig, ob es sich um ein vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis handelt. - vgl. Soergel-Siebert, a.a.O. A 38; BGB-RGRK a.a.O. A 1;
2) Soergel-Siebert, a.a.O. A 1;
3) vgl. BGB-RGRK a.a.O. A 127; RGZ 86, 191 (194); RGZ 195, 374 (376);
4) so RGZ 138, 373 (376); RGZ 160, 349 (357); vgl. auch BGHZ 19, 72 (75).

sprechenden Weise benachteiligt wird[1]. - Die sofortige Geltendmachung der auf der Grundlage des Vollwertes der Mitgliedschaft berechneten Pflichtteilsforderung würde, soweit die Differenz zwischen Vollwert und Abfindungswert in Betracht steht, gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie zu einer redlichen Haltung gegenüber dem Gesellschaftererben und dessen Vertrauen auf eine solche Haltung im Widerspruch stünde[2].

Diese Voraussetzungen für eine Anwendung des § 242 BGB sind indessen zu allgemein formuliert, als daß die rechtliche Beurteilung eines bestimmten Sachverhaltes im Wege der Subsumtion möglich wäre. - Rechtsprechung und Rechtslehre haben aber tatbestandsähnliche Fallgruppen geschaffen, die eine Systematisierung der Vorschrift des § 242 BGB gestatten[3].

Hier kommt als "Tatbestand" das Erstreben eines rücksichtslosen, übermäßigen Eigennutzes" in Betracht[4].
Die Ausübung eines Rechtes ist Rechtsmißbrauch, wenn der Kläger sich rücksichtslos über die Belange des Gegners hinwegsetzt und die Befriedigung eigennütziger Interessen durchsetzen will, obwohl der Gegner hierdurch unangemessen geschädigt würde[5].
Wenn die sofortige Geltendmachung des unter Berücksichtigung des Vollwertes der Mitgliedschaft berechneten Pflichtteilsanspruchs den Gesellschafter-Erben in unangemessener Weise benachteiligen würde, ohne daß dem Pflichtteilsberechtigten ein überwiegendes Eigeninteresse zur Seite stünde, wäre der Erbe berechtigt, im Wege der Einrede[6] die Erfüllung des an sich bestehenden Anspruchs[7] teilweise zu verweigern.

---

1) vgl. Soergel-Siebert, a.a.O. A 1; Das Maß der gebotenen Rücksichtnahme bestimmt sich nach dem jeweiligen Rechtsverhältnis und den Umständen des Einzelfalles.
2) vgl. auch Pal.-Danckelmann, 1962, A 1; zu § 242 BGB;
3) vgl. BGB-RGRK, § 242 A 133; Larenz, SchuR I, 1962, S. 101; Enn.-Lehmann, S. 22;
4) vgl. Soergel-Siebert, a.a.O. A 162;
5) Soergel-Siebert, a.a.O.; BGB-RGRK, a.a.O. Anm. 160; BGH LM zu § 142 HGB: Nr. 7
6) vgl. Soergel-Siebert, a.a.O., A 122;
7) vgl. Staud.-Weber, § 242 A 623.

Der von Siebert[1] aufgezeigte Interessenkonflikt zwischen dem Gesellschaftererben und dem Pflichtteilsberechtigten enthält mehrere Gründe, auf die sich das Leistungsverweigerungsrecht stützen ließe. - Als rechtfertigender Anlaß erscheint zunächst die mangelnde Realisierbarkeit des Vollwertes. Das Leistungsverweigerungsrecht könnte auch zugebilligt werden, weil sonst der Erbe aus der OHG ausscheiden und sich mit dem niedrigeren Abfindungswert begnügen müßte. Ein weiterer Grund liegt möglicherweise in dem Betreben, dem Erben die Gesellschafterstellung auf jeden Fall zu erhalten.

Die letztgenannte Zielsetzung wird von Siebert abgelehnt[2]. Das Leistungsverweigerungsrecht soll dem Gesellschaftererben nicht zustehen, wenn er seinen Gesellschaftsanteil veräußern kann oder im Falle seines Ausscheidens den vollen Abschichtungsanspruch erhält. -
Dem zuerst erwähnten Gesichtspunkt räumt Siebert eine Vorzugsstellung ein: "Ist der Vollwert der Mitgliedschaft im Zeitpunkt des Erbfalls nicht realisierbar, so kann der Erbe unter Berufung auf § 242 BGB die Leistung teilweise verweigern"[3]. -
Knüpft man die Zubilligung der Einrede an den Mangel der Realisierbarkeit, so müssen folgende Umstände für die Anwendbarkeit des § 242 BGB beurteilt werden: Dem fälligen Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf eine bestimmte Geldsumme steht auf Seiten des Erben in der Regel die Möglichkeit gegenüber, die Nachlaßgegenstände mit ihrem vollen Wert in Geld umzusetzen. An dieser vollen Realisierbarkeit fehlt es, wenn die Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters zum Nachlaß gehört und der Gesellschaftererbe im Falle seines Ausscheidens mit einem niedrigeren Geldbetrag abgefunden wird, als dem Vollwert der Mitgliedschaft entspricht. Das ungünstige Verhältnis, in Ausnahmefällen auch Mißverhältnis zwischen Zahlungsbegehren und Zahlungsvermögen tritt insbesondere dann

1) NJW 60, S. 1033 ff;
2) vgl. a.a.O., S. 1034;
3) a.a.O., S. 1036 1.Sp.

hervor, wenn der Erbe als Pflichtteilsschuldner kein nennenswertes privates Vermögen besitzt.
Es ist jedoch bedenklich, dem Gesellschaftererben bereits wegen dieser Situation ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 242 BGB zuzugestehen. -
Das Erstreben eines rücksichtslosen, übermäßigen Eigennutzes bringt für den Gegner eine unangemessene Benachteiligung mit sich.
Daß der Gesellschaftererbe den vollen mitgliedschaftsgebundenen Wert nicht auf der Stelle in Geld umsetzen kann, bedeutet aber noch keinen Nachteil, solange die Fortsetzung der Mitgliedschaft einen Nutzen stiftet, den der Vollwert zum Ausdruck bringt. Ein Nachteil in dem hier fraglichen Sinne kommt erst in Betracht, wenn der Gesellschaftererbe aus der OHG ausscheiden und sich mit einem geringeren Abfindungsbetrag begnügen muß, um seine Pflichtteilsschuld begleichen zu können. - So wird deutlich, daß die fehlende Realisierbarkeit des Vollwertes für sich noch keinen Grund darstellt, der die Zubilligung eines auf § 242 BGB gestützten Leistungsverweigerungsrechtes rechtfertigen würde[1].
Das Leistungsverweigerungsrecht kann - wie erwähnt - bezwekken, den Gesellschaftererben vor einem Ausscheiden mit dem geringeren Abfindungsguthaben zu schützen. - Die Gewährung des Rechtes könnte gerechtfertigt sein, wenn der Pflichtteilsberechtigte seinen unter Berücksichtigung des Vollwertes der Mitgliedschaft berechneten Anspruch geltend macht und der Gesellschaftererbe zum Ausscheiden aus der OHG gezwungen ist, um mit dem Abfindungsbetrag seiner Zahlungspflicht nachkommen zu können. Die Vermögenseinbuße, die der Gesellschaftererbe infolge seines Ausscheidens erleidet, ist möglicherweise unzumutbar.

Ob der Pflichtteilsberechtigte insoweit bereits den "Tatbestand" des Erstrebens eines rücksichtslosen, übermäßigen Ei-

1) Es muß auch bedacht werden, daß das ungünstige Verhältnis von Zahlungsbegehren und Zahlungsvermögen sofort ausgeglichen wäre, wenn der auf der Grundlage des Vollwertes berechnete Pflichtteilsanspruch sich in dem Verhältnis ermäßigen würde, wie der Vollwert der Mitgliedschaft infolge Ausscheidens aus der OHG auf den niedrigeren Abfindungswert sinkt. - vgl. unten S. 257 ff;

gennutzes verwirklicht, ist zumindest nicht zweifelsfrei. - Die Frage, ob die Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs die Belange des Gesellschaftererben rücksichtslos übersieht und auf die Befriedigung eigennütziger Interessen zielt, obwohl der Gegner unangemessen geschädigt wird, kann jedenfalls nicht losgelöst von der Relation zwischen Vollwert und Abfindungswert der Mitgliedschaft im Einzelfall und auch nicht unabhängig davon beantwortet werden, ob der Pflichtteilsanspruch sich ermäßigt, wenn der Vollwert der Mitgliedschaft auf den niedrigeren Abfindungswert sinkt[1]. - Es liegt auf der Hand, daß ein hoher Abfindungsbetrag[2] im Verhältnis zum Pflichtteilsberechtigten keine unangemessene Benachteiligung des Gesellschaftererben bedeutet, wenn die Vermögenseinbuße nicht unzumutbar hoch ist. Dieselbe Beurteilung gilt erst recht und trifft auch auf den Fall des Ausscheidens mit einem geringeren Abschichtungsguthaben zu, falls die Pflichtteilsforderung sich in Anbetracht des Abfindungswertes der Mitgliedschaft ermäßigt[3].
Ob die letztgenannte Voraussetzung sich rechtlich verwirklicht, kann hier noch nicht entschieden werden. Es genügt jedoch, daß das "Tatbestandsmerkmal" der unverhältnismäßigen Benachteiligung durch rücksichtsloses Vorgehen des Gegners nicht bereits erfüllt ist, wenn der Gesellschaftererbe zur Tilgung einer Nachlaßschuld ausscheiden muß, sondern daß dem jeweiligen Verhältnis von Vollwert und Abfindungswert eine wesentliche Bedeutung zukommt.

Die Zubilligung des Leistungsverweigerungsrechts kann daher nicht allgemein und stets befürwortet werden. Wo die Grenzen zwischen Gewährung und Nichtgewährung zu ziehen sind, wann also

---

1) Es darf auch nicht unbeachtet bleiben, daß das Interesse des Pflichtteilsberechtigten an einer sofortigen Zahlung der Pflichtteilssumme gegenüber dem Interesse des Gesellschaftererben, die Mitgliedschaft in der OHG fortzusetzen, in der Regel nicht zurücktritt. Als Ausnahmen kommen solche Situationen in Betracht, in denen der Gesellschaftererbe eine besonders hohe und daher unzumutbare Vermögenseinbuße erleiden würde, wenn er zum Zwecke der Befriedigung des Pflichtteilsanspruchs aus der OHG ausscheiden müßte.
2) Etwa auf der Grundlage eines Buchwertes berechnet, der gegenüber dem Vollwert nicht übermäßig zurücksteht.
3) vgl. unten S. 257 ff;

der "Tatbestand" des Erstrebens eines rücksichtslosen, übermäßigen Eigennutzes verwirklicht ist und wann eine im Hinblick auf § 242 BGB zumutbare Benachteiligung vorliegt, braucht im einzelnen nicht beurteilt zu werden. Wichtig ist, daß dem Gesellschaftererben ein Leistungsverweigerungsrecht, das vor dem Ausscheiden mit dem geringeren Abfindungsguthaben bewahren könnte, allgemein nicht zusteht, daß vielmehr alles auf den Einzelfall ankommt.
Dann ist das Leistungsverweigerungsrecht kein generell geeignetes Instrument zur Ausgleichung des von Siebert aufgezeigten Interessengegensatzes zwischen dem Gesellschaftererben und Pflichtteilsberechtigten.

Wenn der Gesellschaftererbe, der weder über sonstige Nachlaßgegenstände verfügt noch eigenes Vermögen im ausreichenden Maße besitzt, nicht stets und allgemein vor einem Ausscheiden aus der OHG zum Zwecke der Befriedigung des Pflichtteilsgläubigers geschützt werden kann, verschiebt sich die Problematik in Richtung auf die Frage, ob sich der auf der Grundlage des Vollwertes der Mitgliedschaft berechnete Pflichtteilsanspruch entsprechend ermäßigt, wenn der Gesellschaftererbe aus der OHG ausscheidet und sich mit einem Abschichtungsguthaben, das hinter dem Vollwert der Mitgliedschaft zurückbleibt, begnügen muß.
Diese Frage ist der zugrundeliegenden Interessengestaltung angepaßt: Der Pflichtteilsberechtigte will eine Geldforderung durchsetzen, deren Höhe sich nach dem auf den Zeitpunkt des Erbfalls berechneten Vollwert der Mitgliedschaft bestimmt. Der Gesellschaftererbe ist an einer Ermäßigung des gegen ihn geltend gemachten Anspruchs interessiert, wenn er den Vollwert der Mitgliedschaft nicht mehr in Händen hat, weil er sich veranlaßt sah, die maßgebliche Nutzungsweise der Fortsetzung der Mitgliedschaft aufzugeben. - Damit ist ein größerer Interessenausschnitt erfaßt, als Siebert[1] mit der Zubilligung eines Leistungsverweigerungsrechts ausgleichen will. Während dem Gesellschaftererben die Einrede der Leistungsverweigerung nicht zustehen soll, wenn liquides Privatvermögen oder sonsti-

1) a.a.O., S. 1036.

ge Nachlaßgegenstände vorhanden sind[1] und wenn eine Veräußerung des Gesellschaftsanteils gesellschaftsvertraglich gestattet ist bzw. die übrigen Gesellschafter ihre diesbezügliche Zustimmung nicht versagen[2], stellt sich die Frage nach einer Ermäßigung des Pflichtteilsanspruchs, wenn der Gesellschaftererbe im zeitlichen Zusammenhang mit dem Erbfall bzw. aus Anlaß der Begleichung von Nachlaßschulden aus der OHG ausscheidet, obwohl er über privates Vermögen verfügt und die Möglichkeit einer Veräußerung des Gesellschaftsanteils rechtlich gegeben ist.
Die neue Fragestellung muß auch das über den spezifischen Zusammenhang mit dem Erbfall hinausreichende Interesse des Gesellschaftererben beachten und erwägen: Der Erbe möchte sein Ausscheiden aus der OHG unter Inkaufnahme des niedrigeren Abfindungswertes dem Pflichtteilsberechtigten stets - gleichgültig, ob Nachlaßverbindlichkeiten zu tilgen sind oder nicht - entgegenhalten bzw. selbständig gegen diesen vorbringen können.

CC) Ein endgültiger Zwischenwert als Bemessensgrundlage

I) Quantifizierung der Ausscheidensrisiken

Der aufgezeigten Interessenlage will Sudhoff[3] in der Weise gerecht werden, daß die Mitgliedschaft bei der Pflichtteilsberechnung mit einem Zwischenwert angesetzt wird, der die Risiken eines Eintritts des Abfindungsfalls berücksichtigt und sich dem Vollwert nähert, wenn mit dem Ausscheiden des Gesellschaftererben gar nicht oder kaum zu rechnen ist, dagegen sich in der Höhe dem Abfindungswert zuneigt, wenn ein Ausscheiden mit großer Wahrscheinlichkeit erwartet werden muß. - Der maßgebliche Wert liegt in der Regel zwischen dem Vollwert und dem Abfindungswert. Er ist das Ergebnis einer Quantifizierung und wertmäßigen Projizierung aller erkennbaren Gründe und Um-

1) vgl. Siebert, a.a.O., S. 1038;
2) vgl. Siebert, a.a.O., S. 1036;
3) NJW 61, 801 (805 f).

stände, die zum Ausscheiden des Gesellschaftererben mit einer geringerwertigen Abschichtung führen könnten, auf den maßgeblichen Wertstichtag, nämlich den Zeitpunkt des Erbfalls.

Alle objektiven und subjektiven Momente sollen bei der Ermittlung des Zwischenwertes berücksichtigt werden;[1] Dabei ist von Bedeutung, ob der geringere Abfindungsbetrag nur für bestimmte oder für alle Fälle des Ausscheidens vorgesehen ist, ob der Gesellschaftererbe außer der Mitgliedschaft weitere Gegenstände geerbt hat und ob er über Privatvermögen verfügt oder nicht[2].

Der von Sudhoff beschrittene Weg ist von Goroncy[3] systematisch durchdacht und bestätigt worden. - Der Autor unterscheidet zwischen ungewisser und gewisser Entwicklung der Mitgliedschaft[4] und will den wertmäßigen Einfluß sogenannter negativer und positiver Erwartungen[5] erfassen.
Als negative Erwartung erfordere die Gefahr des erzwungenen Ausscheidens einen geringeren oder höheren Abstrich vom Vollwert[6]. Bestimmungsgründe des Abschlags seien mögliche Ausschlußgründe in der Person des Gesellschaftererben, die Tragbarkeit des Teilhaberverhältnisses aus dessen Sicht sowie die private Vermögenslage und eine eventuelle Verschuldung[7].

Die Chance einer künftigen Realisierbarkeit des Vollwertes setze demgegenüber den Wahrscheinlichkeitsgrad der Gefahr des Ausscheidens mit beschränktem Abschichtungsguthaben herab[8].

Schließlich soll die Möglichkeit, daß eines Tages ein anderer Teilhaber zum Ausscheiden gezwungen wird, als positive Erwartung berücksichtigt werden und einen Zuschlag zum Vollwert als Ausgangswert rechtfertigen[9].

---

1) a.a.O., S. 805;
2) a.a.O., S. 805;
3) NJW 62, 1895 ff;
4) a.a.O., S. 1898; 1900; die ungewisse Entwicklung wird vorrangig behandelt.
5) vgl. auch Nachwort von Sudhoff, a.a.O., S. 1900;
6) Goroncy, a.a.O., S. 1898;
7) Bei einem Fehlen konkreter Anhaltspunkte zur Abschätzung der Gefahr wird ein Abstrich in Höhe der Hälfte des Unterschiedsbetrages zwischen Voll- und Abfindungswert vorgeschlagen. - Goroncy, a.a.O., S. 1898;
8) Generell dürfe die Gefahr des erzwungenen Austritts daher lediglich mit einem Drittel der Differenz zwischen Voll- und Abfindungswert veranschlagt werden. - a.a.O. S. 1899;
9) Generell fixierter Zuschlag: ein Sechstel der Differenz zwi-

Gegen die Auffassung von Sudhoff und Goroncy erheben sich jedoch nicht unerhebliche Einwände.
Sie betreffen zunächst das Problem der Quantifizierung. Eine "ungewisse Entwicklung" der Mitgliedschaft läßt sich trotz Kenntnis der "konkreten Umstände" wertmäßig auch nicht annäherungsweise erfassen. - Wie soll das Risiko bewertet werden, daß charakterliche Eigenarten des Gesellschaftererben in drei, sechs oder zehn Jahren möglicherweise zu Gründen führen, welche die übrigen Gesellschafter gemäß §§ 133, 140 HGB berechtigen, den Ausschluß des störenden Gesellschafters zu erwirken? Mit welchem Wertansatz soll berücksichtigt werden, daß die Vermögensverhältnisse des Gesellschaftererben oder dessen leichtfertige Art, Vermögensgeschäfte zu tätigen, vielleicht in mehreren Jahren Privatgläubiger zur Kündigung der OHG nach § 135 HGB nötigtoder die Eröffnung des Konkurses über das Gesellschaftervermögen zur Folge hat, so daß die übrigen Gesellschafter zum Ausschlußrecht nach § 141 I u. II HGB greifen können?
Das subjektive Ermessen des Schätzers läßt sich kaum einschränken; dadurch sind der Willkür Tür und Tor geöffnet[1]. Eindeutige Ergebnisse sind nicht erzielbar, die Gefahr langwieriger Rechtsstreitigkeiten wächst.
Bedeutender als das Bewertungsproblem ist die Frage, ob die von Sudhoff und Goroncy angeführten Umstände in der Person des Gesellschaftererben überhaupt dem Pflichtteilsberechtigten entgegengehalten werden können. - Darf der Gesichtspunkt, ob "das Verhältnis unter den Teilhabern aus der Sicht" des Gesellschaftererben "auf die Dauer tragbar erscheint"[2] zu einer Kürzung der Pflichtteilsberechnungsgrundlage führen? Darf die Neigung des Gesellschaftererben, "risikoreiche Ge-

---

schen Voll- und Abfindungswert; vgl. Goroncy a.a.O., S. 1899.

1) Der Vorschlag Goroncys, bei einem Fehlen konkreter Anhaltspunkte zur Abschätzung der Gefahr des Ausscheidens einen Abstrich in der Höhe der Hälfte (unter Berücksichtigung der Chance künftiger Realisierbarkeit des Vollwertes: ein Drittel; vgl. S. 246, FN 8)) der Differenz zwischen Voll- und Abfindungswert zu machen, ist nicht weniger willkürlich.
2) Goroncy, a.a.O., S. 1898.

schäfte"[1] zu tätigen, den Wertanspruch des Pflichtteilsberechtigten mindern? - Diese Fragen sind dem Bewertungsproblem vorgelagert, sie werden von den genannten Autoren nicht aufgeworfen.

Eine Beantwortung der Frage hätte zu berücksichtigen, daß der Pflichtteilsberechtigte am hinterlassenen Vermögen des Erblassers beteiligt ist. Der Berechnung des Pflichtteils ist der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrunde zu legen (§ 2311 I 1 BGB). Der Pflichtteilsberechtigte hat keinerlei Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der Nachlaßgegenstände zu tragen[2].

Dann ist es zweifelhaft, ob er wertändernde Umstände gegen sich gelten lassen muß, die sich erst nach dem Erbfall - oft nach langer Zeit - aktualisieren und die ihre Ursache ausschließlich in den persönlichen Verhältnissen des Gesellschaftererben, d.h. in seinem uneingeschränkten Willens- und Herrschaftsbereich haben.

Der Pflichtteilsberechtigte partizipiert am Vermögen des Erblassers, wie es sich auf den Zeitpunkt des Erbfalls bestands- und wertmäßig darstellt; subjektiv begründete, den Nachlaßbestand und seinen Wert nach dem Erbfall verändernde Einflußnahmen des Gesellschaftererben müssen weitgehend außer Betracht bleiben[3].

Entscheidend aber ist folgendes: Die Auffassung von Sudhoff und Goroncy orientiert sich ausschließlich an den Bestimmungen des § 2311 BGB, insbesondere an der Vorschrift des Absatz II[4], die für die Art der Wertermittlung eine allgemeine Anordnung trifft. Unbeachtet bleibt die Vorschrift des § 2313 BGB, die in Abweichung von der in § 2311 II BGB enthaltenen

1) Goroncy, a.a.O.;
2) vgl. Staud.-Ferid, § 2311 A 5; 8; RGZ 72, 379 (382); Mot.V S. 405; RGJW 1910, 238: Der mehrere Jahre nach dem Erbfall bei der Zwangsversteigerung erzielte, niedrigere Preis ist nicht maßgebend. - RG in Recht 1920, Nr. 1538;
3) Diese Ausführungen setzen sich nicht dem Vorwurf aus, der maßgebliche Wert des § 2311 BGB werde ausschließlich gegenwartsbezogen aufgefaßt; demgegenüber seien die Zukunftserwartungen zu berücksichtigen, soweit sie im Zeitpunkt des Erbfalls wertbestimmend seien. - Auch unter Beachtung der zukünftigen Entwicklung der Mitgliedschaft muß die Wertermittlung nach § 2311 II BGB den Einfluß rein subjektiver Bestimmungsgründe in der Person des Gesellschaftererben ausschalten.
4) vgl. Goroncy, a.a.O., S. 1897.

Regel besondere Bestimmungen für solche Rechts- und Wertpositionen trifft, die einer weiteren Entwicklung unterliegen[1]. - Die gesetzliche Anordnung beruht auf dem Gedanken, daß die Schätzung als Mittel der Wertfeststellung oft unbrauchbar ist, soweit der Bestand des Nachlasses und sein Wert "von künftigen ungewissen Ereignissen abhängt"[2]. Das darf nicht übersehen werden, wenn der Wert einer fortgesetzten Mitgliedschaft unter Berücksichtigung von Abfindungsklauseln festgestellt werden soll.
Endlich wird die dargestellte Meinung dem Ausgangspunkt des Pflichtteilsrecht nicht gerecht, daß der "Pflichtteilsberechtigte durch den Pflichtteil materiell in Geld so viel erhalten soll, wie er erhalten haben würde, wenn er zu dem dem Pflichtteil entsprechenden Bruchteil Erbe wäre"[3]. - Als Gesellschaftererbe würde der Pflichtteilsberechtigte den Vollwert der Mitgliedschaft ohne jeden Abzug erhalten.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der aufgezeigte Lösungsweg der genannten Autoren erheblichen Bedenken begegnet. - Zu der Bewertungsproblematik gesellt sich der Zweifel, ob werterhebliche Umstände, die allein in der subjektiven Sphäre des Gesellschaftererben ihren Ausgang nehmen, den Pflichtteil verkürzen dürfen. - Die Vorschrift des § 2313 BGB bleibt außer Betracht. Der Ausgangsgedanke des Pflichtteilsrechts wird nicht hinreichend berücksichtigt.

II) Ertragswert als Zwischenwert?

Auf der Suche nach einem endgültigen Wert für den Ansatz der

1) Danach bleiben bei der Nachlaßbewertung zum Zwecke der Pflichtteilsberechnung aufschiebend bedingte Rechte und Verbindlichkeiten, ungewisse und unsichere Rechte sowie zweifelhafte Verbindlichkeiten außer Ansatz, während auflösend bedingte Rechte und Verbindlichkeiten voll in Rechnung gestellt werden, ungeachtet der ihnen innewohnenden Nichtendgültigkeit. - Später hat eine der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen. - Die Sonderregelung des § 2313 BGB umfaßt nicht nur Forderungen, sondern Vermögensgegenstände aller Art. - vgl. Staud.-Ferid, § 2313 A 2 mit weiteren Nachw.
2) vgl. Mot. V, S. 407 u. Staud.-Ferid, § 2313 A 1;
3) vgl. Mot. V, S. 407; dem entspricht die Vorschrift des § 2313 BGB.

Mitgliedschaft bei der Pflichtteilsberechnung, der einerseits die Interessen des Gesellschaftererben berücksichtigt und daher keine unzumutbare Belastung mit sich bringt, andererseits den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten erfüllt, am Nachlaßwert und damit am Wert der Mitgliedschaft beteiligt zu sein, könnte man an den Ertragswert denken.

- Das BGB erwähnt den Ertragswert in verschiedenen Vorschriften; jeweils im Zusammenhang mit der Bewertung eines Landgutes bzw. eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes (§§ 2049; 2312; 1515 II, III; 1376 IV BGB).

Hat der Erblasser angeordnet, daß einer der Miterben das Recht haben soll, ein zum Nachlaß gehörendes Landgut zu übernehmen, so ist nach § 2049 I BGB im Zweifel anzunehmen, daß das Landgut zum Ertragswert angesetzt werden soll.
Der Ertragswert ist nach § 2312 I 1 BGB auch für die Berechnung des Pflichtteils maßgebend, wenn der Erblasser angeordnet hat oder nach § 2049 BGB anzunehmen ist, daß einer von mehreren Erben das Recht haben soll, ein zum Nachlaß gehörendes Landgut zum Ertragswert zu übernehmen. Hinterläßt der Erblasser nur einen Erben, so kann er ebenfalls anordnen, daß der Berechnung des Pflichtteils der Ertragswert zugrunde gelegt werden soll (§ 2312 II BGB). Der Erbe, der das Landgut erwirbt, muß in beiden Fällen des § 2312 BGB zu den in § 2303 BGB bezeichneten pflichtteilsberechtigten Personen gehören (§ 2312 III BGB).
Jeder Ehegatte kann für den Fall, daß mit seinem Tode die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt, durch letztwillige Verfügung anordnen, daß ein anteilsberechtigter Abkömmling (§ 1515 I BGB) oder der überlebende Ehegatte (§ 1515 III BGB) das Recht haben soll, bei der Teilung ein zum Gesamtgut gehöriges Landgut zum Ertragswert zu übernehmen (§ 1515 II BGB).

Für land- und forstwirtschaftliche Betriebe, die im Rahmen des Zugewinnausgleichs (§§ 1372 ff BGB) bei der Berechnung des Anfangs- und Endvermögens (§ 1376 BGB) zu berücksichtigen sind, ist die Bewertung mit dem Ertragswert vorgeschrieben (§ 1376 IV BGB) 1).

Die Vorschriften bezwecken eine Erleichterung der Übernahme bzw. sind im Interesse der Erhaltung des Betriebes getroffen.

Die Regelung des § 2049 BGB geht von dem mutmaßlichen Willen des Erblassers aus, durch die Zubilligung des Übernahmerechts

1) Die gerichtliche Zuweisung eines landwirtschaftlichen Betriebes, der einer durch gesetzliche Erbfolge entstandenen Erbengemeinschaft gehört, an einen Miterben nach dem GVerkG vom 28.7.61 - BGBl I 1091 - (§§ 13 ff) gewährt den weichenden Erben als Ausgleich einen Geldanspruch, der sich nach dem individuellen Ertragswert des Betriebes bemißt (§ 16 I GVerkG).

dem betreffenden Miterben die Möglichkeit zu verschaffen, das Landgut entsprechend seiner bisherigen Nutzung weiter zu bewirtschaften, statt es wegen eines zu hohen Übernahmepreises verkaufen zu müssen[1].
Die Berücksichtigung des Ertragswertes in § 2312 BGB wird vom Gesetz als ein wesentliches Mittel angesehen, den Übernehmer eines Landgutes gegen übermäßige Belastungen zu schützen und so die Erhaltung des Grundbesitzes in der Familie zu fördern[2].

Der Ertragswert tritt an die Stelle des nach § 2311 II BGB an sich maßgeblichen Schätzwertes.
Die Vorschrift des § 1515 II, III BGB verfolgt das gleiche Ziel wie § 2049 BGB, nämlich Erleichterung der Übernahme.

Die Regelung des § 1376 IV BGB ist im Interesse der Erhaltung des Betriebes getroffen worden. Der ausgleichspflichtige Ehegatte soll nicht zur Veräußerung des Betriebes gezwungen werden[3].

Die Art der Ermittlung des Ertragswertes ist nach Art. 137 EGBGB in erster Linie den Landesgesetzen überlassen. - Die Vorschrift des § 2049 II BGB, nach welcher sich der Ertragswert nach dem Reinertrag bestimmt, den das Landgut nach seiner bisherigen wirtschaftlichen Bestimmung bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung nachhaltig gewähren kann, tritt nur hilfsweise ein. Nach Art. 83 Pr.Ausf.G.z.BGB idF des Schätzungsamtsgesetzes vom 8.6.1918 (§ 23 IV) soll der 25fache Betrag des jährlichen Reinertrags maßgebend sein[4].

Den genannten Gesetzesvorschriften liegt der Gedanke zugrunde, daß der Ertragswert regelmäßig hinter dem Verkehrswert (Verkaufs- oder Schätzungswert) zurückbleibt[5].
Die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB[6] führen aus, der Verkaufswert sei im allgemei-

1) vgl. Staud.-Lehmann, § 2049 A 1; BGB-RGRK § 2049 A 2;
2) vgl. Prot.d.Komm. für die zweite Lesung, Bd. VI, S. 332/333; Staud.-Ferid, § 2312 A 1; BGB-RGRK § 2312 A 1;
3) vgl. Vogel in Soergel-Siebert, § 1376 A 17 mit weiteren Nachw.
4) vgl. Überblick über die landesgesetzlichen Regelungen: Staud.-Lehmann, § 2049 A 5; BGB-RGRK § 2049 A 4;
5) vgl. auch Staud.-Lehmann, § 2049 A 4; Vogel in Soergel-Siebert § 1376 A 17; Staud.-Ferid, § 2312 A 13; Kipp-Coing, § 9 II 2e, S. 43; BGB-RGRK, § 2049 A 4; § 2312 A 1; Lange, ErbR, § 39 VI 2 c, S. 447/448;
6) Bd. VI, S. 332.

nen gegenüber den Erträgen des Landgutes zu hoch. Die "Rücksicht auf ideelle, soziale und politische Vorteile", die der Besitz eines Gutes mit sich bringe, und die Neigung der bäuerlichen Bevölkerung, "Überschüsse in Land anzulegen", treibe die Preise in die Höhe und habe zur Folge, "daß beim Kauf mehr gezahlt werde, als dem Reinertrag des Gutes entspreche".

Die Auffassung, daß der Verkehrswert in der Landwirtschaft durch die Berücksichtigung außerwirtschaftlicher Momente stets höher sei als der kapitalisierte Reinertrag, ist auch heute vorherrschend[1].
Hier drängt sich allerdings der Verdacht auf, daß die Spanne zwischen dem sogenannten Verkehrswert und dem Ertragswert dadurch mitbestimmt wird, daß der Ertragswert des Landgutes sich ausschließlich am "Betriebsergebnis" orientiert, während neutrale Erfolgsgrößen außer Betracht bleiben[2]. Im Vergleich zur Ertragsbewertung eines Wirtschaftsunternehmens unterbleibt auch jegliche Korrektur auf der Grundlage der Sachwerte[3].

Auch wenn man davon ausgeht, daß der Ertragswert eines Landgutes stets wesentlich niedriger ist als dessen Verkehrs- oder Schätzwert, führt dieses Ergebnis nicht weiter. Es kann auf die Bewertung einer Mitgliedschaft in der OHG im Rahmen der Pflichtteilsberechnung nicht übertragen werden.
Zwar steht die Anordnung des § 2311 II 1 BGB nicht notwendig entgegen; daß § 2312 BGB den Ertragswert des Landgutes als maßgebend für die Bestimmung des Pflichtteils erklärt, bedeutet noch nicht, daß derselbe Wertansatz "im übrigen bei der Berechnung des Wertes der Nachlaßgegenstände unberücksichtigt bleiben muß"[4][5].

---

1) vgl. etwa: Bendel, S. 62; 69/70; 76; Steding, Agr.W. 1956, 299 (301); Heinrich, RdL 1955, 149 (150); vgl. auch die oben FN 5 S. 251) Genannten.
2) wegen der Berücksichtigung des neutralen Ergebnisses einer Wirtschaftsunternehmung bei der Ertragsbewertung vgl. oben S. 36;
3) vgl. für die Wirtschaftsunternehmung oben S. 44 ff;
4) BGHZ 13, 45 (47); RG LZ 26, 1132 (1133);
5) Die Rechtsprechung hat allerdings den Ertragswert nur bei erheblichen Geldwertschwankungen, Stoppreisen und in sonstigen Fällen der Divergenz zwischen Verkaufswert und "innerem Wert" ermittelt. - vgl. RG LZ 26, 1132 (1133) = JR 26, Nr. 2136; RG Seuff.Arch 81, Nr. 132 = JR 27, Nr. 1119; RG in Recht Nr. 1238; BGHZ 5, 12 (20); BGHZ 13, 45 (47).

Entscheidend ist jedoch, daß die Bewertungsgesichtspunkte beim Landgut und bei der Wirtschaftsunternehmung nicht übereinstimmen. - Das Rationalprinzip der Wirtschaftlichkeit steht für die gewerbliche Unternehmung ungleich stärker im Vordergrund. Wer eine Unternehmung kaufen oder sich an ihr beteiligen will, ist im wesentlichen nur daran interessiert, welchen Gewinn die Anlage in Zukunft erbringen wird[1].

Eine scharfe Gegenüberstellung von Ertrags- und Verkaufswert ist daher nicht gerechtfertigt.
Man muß Güter, die in einer solchen Anzahl und Gleichartigkeit auf den Markt kommen, daß sich für sie vergleichbare und - wenigstens Sachverständigen - bekannte Preise bilden, von solchen unterscheiden, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen[2].

Im erstgenannten Fall läßt sich der Verkaufspreis eines Einzelgutes nach dem vorhandenen Preismaterial bestimmen. Ist ein Preisvergleich nicht möglich - wie in der Regel beim Verkauf ganzer Unternehmen - muß der wahrscheinliche Verkaufspreis durch Feststellung des Ertragswertes berechnet werden, weil die Zukunftsertrags-Schätzungen die Preiserwartungen bestimmen[3]. "Wo für Unternehmungen nicht Gesamtverkaufspreise feststehen und infolgedessen eine Schätzung eintreten muß, darf für diese Schätzung nur der Ertragswert ... angewandt werden"[4].
Folgerichtig erscheint die Reinertragswertmethode an früherer Stelle dieser Arbeit[5] als maßgeblicher Weg, den wirklichen

---

1) vgl. Schmalenbach, ZfhF 1912/13, 1 ff (1; 2;);
2) Schmalenbach, a.a.O., S. 5;
3) vgl. Schmalenbach, a.a.O., S. 6; ders., ZfhF 1917/18, 129 (137);(139): "Wo nur wenige Preise zur Verfügung stehen, dafür aber die Zukunftserträge sich bestimmen lassen, hat die direkte Ertragswertberechnung den Vorzug".
4) Schmalenbach, a.a.O., S. 8; vgl. auch Beste, ZfhF 18. Jhg., S. 97 (105): "Der Verkaufswert eines Unternehmens ist sein Ertragswert". - vgl. auch Schade, in "Private Unternehmung", 1914, S. 100: Der "gemeine Wert" ist der "erwartete Preis"; dieser bestimmt sich nach dem Ertragswert. - vgl. oben S.21 f: Die theoretische Zweckorientierung zur Ermittlung des wirklichen Wertes der Unternehmung lehnt sich an den Ertragswert an, wenn auch unter - verschiedenartiger - Beachtung des Sachwertes.
5) vgl. oben S.25 ff;

Wert der Unternehmung unter Berücksichtigung des Prinzips der Bewertung einer Wirtschaftseinheit als Ganzes zu ermitteln.

Schmalenbach verkennt nicht, daß die Berechnung des wahrscheinlichen Verkaufspreises auch besondere "Eigentümlichkeiten der Sache"[1], "Annehmlichkeiten und Bequemlichkeiten"[2] veranschlagen muß, für die der Markt einen Preis bewilligt.

Dies gilt aber nur, wenn bei einem beabsichtigten Verkauf das Schätzungsziel der voraussichtliche Verkaufspreis ist. - Steht wie bei der Pflichtteilsberechnung fest, daß die Gesellschafter das Unternehmen fortführen, ist die Ertragsbewirtschaftung die maßgebliche Nutzungsweise; es kommt dann lediglich auf die voraussichtlichen Erträge an[3].
Diese bestimmen den wirklichen Wert der Unternehmung; die Ertragsbewertung führt folglich zu keinem Wert, der niedriger wäre als der wirkliche Wert der Unternehmung und daher als endgültiger Zwischenwert für eine Ausgleichung der Interessen[4] bei der Pflichtteilsberechnung in Betracht käme.

Ein weiterer entscheidender Gesichtspunkt darf nicht übersehen werden: Selbst wenn die Ertragsbewertung zu einem gegenüber dem wirklichen Wert niedrigeren Wert führen würde, wäre für die hier erörterte Frage noch nicht viel gewonnen.
- Der aus dem niedrigeren Ertragswert des Gesellschaftsvermögens abgeleitete Wert der Mitgliedschaft brächte zum Ausdruck, daß - zeitlich begrenzt oder unbegrenzt -[5] das Unternehmen fortgeführt und die Gesellschafterstellung fortgesetzt wird. - Die Möglichkeit, daß der Gesellschaftererbe eines Tages aus der OHG ausscheidet und sich mit einem herabgesetzten Abfindungsguthaben begnügen muß, hätte noch keinen wertmäßigen Ausdruck gefunden. Gerade diese Rechtssituation ist es aber, die Gegenstand einer Ausgleichung sein soll. Der Gesellschaftererbe möchte dem Pflichtteilsberechtigten entgegenhalten bzw. selbständig gegen diesen geltend machen können, daß er mit ei-

1) ZfhF 1917/18, 129 (140);
2) a.a.O., S. 139;
3) Schmalenbach, ZfhF 1917/18, 129 (136);
4) vgl. oben S.250;
5) letzteres wäre unterstellt.

nem niedrigeren Abfindungswert ausgeschieden ist oder ausscheiden muß.
Würde man diese Lage des Gesellschaftererben nach Gesichtspunkten der Ertragsbewertung beurteilen, so wären bis zum n-ten Jahre des Ausscheidens die Zukunftsreinerträge der Unternehmung zu kapitalisieren und der anteilige Wert der Mitgliedschaft zu berechnen; weiter müßte der im Jahre n + 1 auf den ausscheidenden Gesellschafter entfallende Abfindungsbetrag zum Bewertungsstichtag abgezinst werden. Die Summe der Ergebnisse beider Rechenoperationen ergäbe den maßgeblichen Wert der Mitgliedschaft des Gesellschaftererben.

Ein solches Vorgehen stellt jedoch vor die gleichen Zweifelsfragen, wie sie oben[1] für die Auffassung von Sudhoff und Goroncy erörtert worden sind: Die Problematik der Bewertung ließe sich nur lösen, wenn die Größe n bekannt oder annähernd bestimmbar wäre. - Eine wertmäßige Berücksichtigung des Ausscheidens stellt dem Pflichtteilsberechtigten auch solche Ausscheidensgründe in Rechnung, die ihre Ursache allein in der persönlichen Eigenart und in den besonderen Verhältnissen des Gesellschaftererben haben. - Endlich wird auch die Gesamtregelung der §§ 2311, 2313 BGB[2] nicht hinreichend beachtet.

DD) Interessenausgleich in Anlehnung an § 2313 I BGB

Gerade der letztgenannte Gesichtspunkt will nicht übersehen sein: Es soll versucht werden, in Anlehnung an die Vorschrift des § 2313 I BGB eine die Interessen des Gesellschaftererben und des Pflichtteilsberechtigten ausgleichende Regelung aufzuzeigen.
- Von einer auflösenden Bedingung abhängige Rechte kommen nach § 2313 I 2 BGB als unbedingte in Ansatz. Tritt die Bedingung ein, hat eine der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen (§ 2313 I 3 BGB).

1) S. 247 ff;
2) vgl. oben S. 248 ff;

Die kraft Erbfolge fortgesetzte Mitgliedschaft des verstorbenen Gesellschafters könnte einem auflösend bedingten Recht gleichgeachtet werden, soweit Abfindungsklauseln für den Fall des Ausscheidens in Betracht stehen.
Die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung, dem Erblasser-Gesellschafter solle[1] ein im Verhältnis zum Vollwert der Mitgliedschaft niedrigerer Abschichtungsbetrag zustehen, wenn er - wegen bestimmt bezeichneter Anlässe oder überhaupt - aus der OHG ausscheidet[2], bedeutet für den Erblasser-Gesellschafter einen vertraglich vereinbarten Teilverzicht[3], dessen Wirkung auf den Ausscheidensfall hinausgeschoben ist. Verfügt wird über den Anspruch "auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt" (§§ 717 S. 2 BGB, 105 II HGB), und zwar für den Fall des Ausscheidens, also aufschiebend bedingt[4].
Der Teilverzicht ist für den Erblasser-Gesellschafter rechtlich bindend (§§ 160, 161 BGB). Den übrigen Gesellschaftern steht insoweit eine unentziehbare Rechtsposition zu.
Zwar ist der Erblasser-Gesellschafter nach wie vor Inhaber des vollen Auseinandersetzungsanspruchs, wie er sich aus § 717 S. 2 und § 738 I 2 BGB ergibt, doch ist seine Rechtsstellung im Hinblick auf ein Ausscheiden aus der OHG wegen der Anwartschaft der übrigen Gesellschafter auflösend bedingt[5]. Mit Eintritt der Bedingung scheidet der vermögensrechtliche Anspruch endgültig aus dem Vermögen des Erblassers aus, soweit er den Unterschied zwischen dem Vollwert der Mitgliedschaft und der vertraglich vereinbarten Abschichtung betrifft.

Der Gesellschaftererbe rückt in diese Rechtsstellung des Erblassers ein. - Er setzt die Mitgliedschaft seines Vorgängers fort, gleichzeitig ist er wie dieser an den vertraglichen Teilverzicht gebunden. Für ihn stellt sich die Mitgliedschaft

---

1) allein oder neben anderen Gesellschaftern;
2) der Fall der Fortsetzung der Mitgliedschaft durch einen Nachfolger fällt nicht hierunter!
3) vgl. oben S. 221;
4) vgl. oben a.a.O.
5) vgl. für die Stellung des Eigentumsvorbehalts- Verkäufers oben S. 229 FN 2;

als auflösend bedingte Rechtsposition dar, soweit es sich um d e n Teil des Auseinandersetzungsanspruchs handelt, den er im Falle seines Ausscheidens endgültig verliert.

Wendet man § 2313 I 2 und 3 BGB auf die Mitgliedschaft an, so ist ihr Vollwert der Pflichtteilsberechnung zugrunde zu legen. Der Pflichtteilsanspruch bemißt sich nach dieser Wertgrundlage.
Scheidet der Gesellschaftererbe später aus der OHG aus und steht ihm ein geringerer Abschichtungsbetrag zu als dem Vollwert seiner Mitgliedschaft entspricht, so muß die Ausgleichung erfolgen, weil die auflösende Bedingung eingetreten ist. - Der Pflichtteil vermindert sich, der Pflichtteilsberechtigte hat das zuviel Erhaltene zurückzuzahlen[1].

Kommt diese Regelung uneingeschränkt zum Zuge, wirkt sich der Eintritt des Abfindungsfalles immer auch zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten aus, obwohl dieser in der Regel keinen Einfluß darauf hat, ob der Gesellschaftererbe Mitglied der OHG bleibt oder ausscheidet[2]. - Beibehaltung der Gesellschafterstellung oder deren Aufgabe mit der Folge, daß der Teilverzicht wirksam wird, hängt meistens vom uneingeschränkten Willen des Gesellschaftererben sowie der Entwicklung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ab. Das gilt umsomehr, je weniger Ausscheiden und Erbfall zeitlich und sachlich im Zusammenhang stehen.

Die Interessenlage in den Fällen des § 2313 I BGB ist regelmäßig eine andere. "Dort hat der Erbe normalerweise keinerlei Einfluß darauf, ob die Bedingung eintritt oder ausfällt, ob es zur nachträglichen Ausgleichung kommt oder nicht"[3].

Die gesetzliche Regelung ist auch so gestaltet, daß der Erbe an dem Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung grundsätzlich das gleiche Interesse hat wie der Pflichtteilsberechtigte[4].

---

1) nach Bedingungsgrundsätzen, nicht nach Bereicherungsregeln; vgl. Staud.-Ferid, § 2313 A 26; Planck-Greiff, 1930, § 2313 A 1;
2) Der Einfluß ist gänzlich ausgeschlossen, wenn die Nachlaßverbindlichkeiten, zu denen auch die Pflichtteilsschuld gehört, erfüllt sind.
3) Siebert, NJW 60, 1033 (1036);
4) vgl. Planck-Greiff, § 2313 A 3; Staud.-Ferid, § 2313 A 28;

Die Gleichheit der Interessenrichtung ist jedoch im Verhältnis des Gesellschaftererben zum Pflichtteilsberechtigten durchaus nicht gewährleistet. Es sind viele Fälle denkbar, in denen spezifische Eigeninteressen des Gesellschaftererben die Veranlassung zum Ausscheiden aus der OHG geben.

Daraus erhellt, daß ein Ausscheidensfall nicht zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten gehen darf, wenn die Ursache des Eintritts in der uneingeschränkten Willenssphäre des Gesellschaftererben zu suchen ist und ausschließlich in seinem besonderen Interessenbereich wurzelt. - Die in § 2313 I 3 BGB angeordnete Ausgleichung zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten ist in Übereinstimmung mit der vom Gesetz verfolgten Interessenregelung nur tragbar, wenn der breite Willkürbereich subjektiver Entscheidungen zur Herbeiführung des Ausscheidensfalls durch objektivierende Gesichtspunkte eingeschränkt wird.

Zu solchen Gesichtspunkten zählt zunächst die Notwendigkeit, zwecks Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit - auch Pflichtteilsschuld - aus der OHG auszuscheiden und das Abschichtungsguthaben in Anspruch zu nehmen. - Es macht keinen Unterschied, ob der Gesellschaftererbe selbst oder ein Nachlaßgläubiger den Abfindungsfall durch Kündigung herbeiführt.
Nicht nur der Mangel an sonstigen Nachlaßgegenständen und eigenen Vermögensgütern, mit denen die Nachlaßgläubiger befriedigt werden könnten, wirkt objektivierend, sondern jede Entscheidung des Gesellschaftererben, zur Erfüllung von Nachlaßschulden die Mitgliedsstellung aufzugeben. - Stets hat der Erbe die Wahl, Nachlaßverbindlichkeiten mit ererbten oder eigenen Vermögenswerten zu begleichen. - Der Gesellschaftererbe kann durch ein Verbot der Ausgleichung nicht indirekt gezwungen werden, eigenes Vermögen zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger einzusetzen, wenn er gerade dieses schonen, die Mitgliedschaft dagegen aufgeben will[1].

Eine Ausgleichung bzw. die Berücksichtigung des niedrigeren Abfindungswertes ist für den Pflichtteilsberechtigten auch

1) Diese weitergehende Berücksichtigung der Interessen des Gesellschaftererben lehnt Siebert a.a.O., S. 1037, ab.

dann zumutbar, wenn der Gesellschaftererbe den Ausscheidensfall zwar nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Nachlaßschuld, wohl aber durch Erklärung nach § 139 II HGB oder innerhalb angemessener Frist[1] durch Kündigung herbeiführt[2].
Daß § 139 II HGB unter den dort genannten Voraussetzungen zum Ausscheiden berechtigt, bedeutet gesetzliche Anerkennung der Interessenlage des Gesellschaftererben. - Wenn dieser von seinem Recht Gebrauch macht, so führt die Entscheidung über den Willkürbereich des Willens hinaus und beruht auf einer hinreichend objektiven Grundlage.
- Weiter muß der Pflichtteilsberechtigte eine zum Ausscheiden führende Kündigung des Gesellschaftererben zu Lasten des Pflichtteilsanspruchs hinnehmen, wenn sie im angemessenen zeitlichen Zusammenhang mit dem Erbfall steht. Den notwendigen Anhalt für eine diesbezügliche Beurteilung bietet § 139 III HGB. - Der Gesellschaftererbe darf über das Pflichtteilsrecht nicht indirekt gezwungen werden, Gesellschafter zu bleiben, und sei es auch nur als Kommanditist[3]. Wird der Abfindungsfall unter diesen Umständen herbeigeführt, muß ihn der Pflichtteilsberechtigte gegen sich gelten lassen.

Die Beurteilung der aufgezeigten Fälle ändert sich nicht, wenn der Gesellschaftererbe ausnahmsweise - statt auszuscheiden - berechtigt war, den Gesellschaftsanteil zu veräußern.

Die Übertragung der Mitgliedschaft auf einen Dritten, der hierdurch Gesellschafter werden soll, stößt auf erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten, auch wenn die rechtliche Möglichkeit gegeben ist. Es gilt, eine Person zu finden, die bereit und geeignet ist, unter den geltenden Bedingungen Mitglied der OHG zu werden.
Scheidet der Gesellschaftererbe aus, nachdem Bemühungen, den Gesellschaftsanteil zu veräußern, zu keinem Erfolg geführt haben, oder weil die erwarteten Schwierigkeiten umgangen wer-

1) in Anlehnung an § 139 III HGB: 3 Monate seit Erlangung der Kenntnis vom Anfall der Erbschaft.
2) insoweit auch Siebert, a.a.O., S. 1038, für die Frage, wann das Leistungsverweigerungsrecht des Gesellschaftererben zu einem dauernden erstarkt.
3) vgl. auch Siebert, a.a.O. S. 1038.

den sollten, so muß dies im Verhältnis zum Pflichtteilsberechtigten berücksichtigt werden. Voraussetzung ist nur, daß das Ausscheiden im engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Erbfall steht oder die Tilgung von Nachlaßschulden bezweckt.

In den erörterten Fällen wird die Entscheidung des Gesellschaftererben, den Abfindungsfall herbeizuführen, nicht von willkürlichen Willensmomenten oder von der zufälligen Entwicklung der Vermögensverhältnisse bestimmt, sondern von Gesichtspunkten beherrscht, die aus einer Abwägung der beteiligten Interessen gewonnen sind und zu einem sachlich gerechtfertigten Ergebnis führen[1].
In diesem - nicht abschließend gesteckten - Rahmen findet eine Ausgleichung nach § 2313 I 3 BGB statt bzw. ist der Abfindungswert der Mitgliedschaft zu berücksichtigen[2].
Darüberhinaus berührt die Herbeiführung des Abfindungsfalles durch den Gesellschaftererben den Pflichtteilsanspruch nicht.

Zusammenfassendes Ergebnis

Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln für Ausscheidensfälle können bei der Bewertung einer erbrechtlich erworbenen Mitgliedschaft im Rahmen der Pflichtteilsberechnung nicht in der Weise berücksichtigt werden, daß der Abfindungswert die Bemessensgrundlage bildet.
Der Vollwert der Mitgliedschaft sinkt erst infolge des Ausscheidens auf den niedrigeren Abfindungswert. Der Fall des Ausscheidens ist aber nicht gegeben. - Die mangelnde Realisierbarkeit des Vollwertes hat bereits in der Bewertung des

1) Der geringere Abfindungswert soll nach Rittner, FamRZ 61,505 (515) - zustimmend Schlegelb.-Geßler, § 138 A 27d - nur berücksichtigt werden, wenn der Gesellschaftererbe "nachweist", daß er gezwungen sein wird, eben den betreffenden Vermögenswert hinzunehmen, weil er anders seine Verpflichtung gegenüber den Pflichtteilsberechtigten ... nicht erfüllen kann". - Eine solche Interessenabgrenzung ist jedoch zu eng.
2) Ist die auflösende Bedingung - Abfindungsfall - zur Zeit der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bereits eingetreten, so darf das auflösend bedingte Recht als solches nicht mehr veranschlagt werden. - vgl. oben S.229;

Gesellschaftsvermögens ihren Niederschlag gefunden. Auch insoweit ist der Ansatz des Abfindungswertes nicht gerechtfertigt.

Kommt der Vollwert der Mitgliedschaft als Bemessensgrundlage in Betracht, ist das Leistungsverweigerungsrecht kein zur Interessenausgleichung generell geeignetes Instrument.
Die fehlende Realisierbarkeit des Vollwertes stellt für sich noch keinen Grund für die Zubilligung eines auf § 242 BGB gestützten Leistungsverweigerungsrechts dar. - Ein Leistungsverweigerungsrecht, das vor einem Ausscheiden mit dem geringeren Abfindungsguthaben bewahren könnte, steht dem Gesellschaftererben allgemein nicht zu.

Ob der Gesellschaftererbe sein Ausscheiden aus der OHG unter Inkaufnahme des niedrigeren Abfindungswertes dem Pflichtteilsberechtigten stets entgegenhalten bzw. selbständig geltend machen kann, läßt sich durch eine wertmäßige Abschätzung und Projizierung aller erkennbaren, möglicherweise zum Ausscheiden führenden Umstände auf den Wertstichtag nicht beantworten. - Die Methode stößt nicht nur auf besondere Bewertungsprobleme; sie läßt unberücksichtigt, daß werterhebliche Umstände, die ausschließlich in der subjektiven Sphäre des Gesellschaftererben ihren Ausgang nehmen, den Pflichtteil nicht verkürzen dürfen. Die Gesamtregelung der §§ 2311, 2313 BGB wird nicht hinreichend beachtet.

Als endgültiger, die beteiligten Interessen ausgleichender Zwischenwert kommt der Ertragswert nicht in Betracht.
Im Gegensatz zu den Bewertungsgrundsätzen, wie sie in der Landwirtschaft vorherrschen, führt die Ertragsbewertung bei gewerblichen Unternehmen zu keinem Wert, der niedriger wäre als der wirkliche Wert der Unternehmung.

Ein Ausgleich der beteiligten Interessen kann in Anlehnung an § 2313 I BGB erzielt werden.
Der Pflichtteilsanspruch bemißt sich zunächst nach dem Vollwert der Mitgliedschaft. Diese ist wegen des in der Abfindungsklausel enthaltenen aufschiebend bedingten Teilverzichts einem auflösend bedingten Recht gleichzuachten. - Tritt der

Abfindungsfall ein, weil der Gesellschaftererbe zum Zwecke der Tilgung von Nachlaßschulden, in Ausübung der durch § 139 II HGB gewährten Befugnis oder aufgrund einer in angemessener Frist erklärten Kündigung aus der OHG ausscheidet, so erfolgt eine Ausgleichung nach § 2313 I 3 BGB bzw. führt der Abfindungswert der Mitgliedschaft zur Kürzung des Pflichtteils. Der Pflichtteilsberechtigte muß solche auf Herbeiführung des Abfindungsfalls gerichtete Entscheidungen des Gesellschaftererben gegen sich gelten lassen, die aus der rein subjektiven Sphäre heraustreten und deren hinreichende Objektivierung sich aus einer entsprechenden Interessenprüfung und -abwägung ergibt.

Gesamtergebnis zum Teil I des Hauptteils II.

Die Ausführungen behandeln die Auswirkungen der Gestaltung des Personenwechsels auf das ordentliche Pflichtteilsrecht.

Die Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters an der OHG ist bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen, soweit sie - als Abschichtungsanspruch oder als Gesellschafterstellung - vom Erbrecht erfaßt wird.
Im Falle der Fortbestandsgestaltung gehört der volle oder gesellschaftsvertraglich herabgesetzte Abschichtungsanspruch zum Nachlaß und ist mit dem jeweiligen Wert in die Pflichtteilsberechnung einzustellen. - Wichtig ist, daß eine gesellschaftsvertragliche Disposition über den Abschichtungsanspruch vom ordentlichen Pflichtteilsrecht respektiert werden muß.

Die Sondererbfolge aller oder eines von mehreren Erben in die Mitgliedschaft des Verstorbenen kann bei der Pflichtteilsbemessung keine andere Behandlung erfahren als die Rechtswirkungen der Gesamterbfolge. - Hier entscheidet nicht die Art der erbrechtlichen Zuordnungsänderung, sondern die Zugehörigkeit zum hinterlassenen Vermögen des Erblassers.
Vollzieht sich die Nachfolge auf den Todesfall im Wege einer Neubegründung der Gesellschafterstellung, so muß das ordentliche Pflichtteilsrecht eine Zuwendung des Abschichtungsan-

spruchs an den Nachfolger durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall und den Eintrittszeitpunkt gegen sich gelten lassen.
Die Frage des Wertansatzes bereitet Schwierigkeiten, wenn gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln im Falle einer durch Erbfolge bewirkten Fortsetzung der Mitgliedschaft zu berücksichtigen sind. - Das ordentliche Pflichtteilsrecht braucht nicht alle Anlässe hinzunehmen, die den Gesellschaftererben möglicherweise zum Ausscheiden bewegen. Eine Verkürzung des Pflichtteils tritt nur ein, soweit das Ausscheiden des Gesellschaftererben auf einer Willensentscheidung beruht, die auf Grund der Interessenlage im besonderen Maße gerechtfertigt erscheint.

Teil II

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch

Es bleibt zu prüfen, inwieweit die Gestaltung des Personenwechsels den Pflichtteilsergänzungsanspruch berührt.

Der Schutz, den das Pflichtteilsrecht den nächsten Angehörigen des Erblassers in ihren Ansprüchen an das Familienvermögen gewährt, ist nur vollständig, wenn er sich auch auf Schenkungen unter Lebenden erstreckt[1]. Die Mindestrechte der Pflichtteilsberechtigten werden durch Verfügungen, die der Erblasser zu seinen Lebzeiten schenkweise vornimmt, ebenso verkürzt wie durch Enterbung oder zu geringe Bedenkung.
Das außerordentliche Pflichtteilsrecht will daher Nachlaßminderungen durch Schenkungen unter Lebenden ausgleichen.

Für die Pflichtteilsergänzung werden grundsätzlich alle Schenkungen herangezogen, die der Erblasser in den letzten zehn Jahren vor seinem Tode vollzogen hat (§ 2325 BGB)[2] [3].

1) Kipp-Coing, 1960, § 13, S. 62:
2) Ausnahmen regeln die §§ 2325 III, 2. Halbs., 2230 BGB;
3) Es handelt sich um den Schenkungsbegriff der §§ 516, 517 BGB; er setzt eine Zuwendung des Erblassers voraus, die diesen entreichert und den Dritten bereichert, sowie Einigung beider über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. - vgl. Bartholomeyczik, ErbR, § 47 III 1a, S. 307, m.w.Nachw.

Der Wert des verschenkten Gegenstandes wird dem Nachlaß hinzugerechnet (§ 2325 I BGB). Andere Gegenstände als verbrauchbare Sachen kommen mit dem Wert in Ansatz, den sie beim Erbfall hatten. Doch ist ausschließlich der Wert zur Zeit des Schenkungsvollzuges maßgebend, wenn er niedriger war (§ 2325 II 2 BGB).
Die Hälfte des auf diese Weise rechnerisch erhöhten Nachlaßwertes bildet den Gesamtpflichtteil; nach Abzug des Pflichtteils, der vom wirklichen Nachlaß berechnet wird, verbleibt der Pflichtteilsergänzungsanspruch.

Zur Ergänzung verpflichtet ist zunächst der Erbe. Subsidiär haftet der Beschenkte (§ 2329 BGB)[1]; und zwar nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 2329 I 1 BGB). Er kann mit einer Ersetzungsbefugnis die Zwangsvollstreckung in den geschenkten Gegenstand durch Zahlung des fehlenden Betrages abwenden (§ 2329 II BGB)[2].

Wird der Erbe eines durch Tod ausscheidenden Gesellschafters auf der Grundlage eines im Verhältnis zum Vollwert der Mitgliedschaft niedrigeren Wertes[3] abgefunden, so muß beachtet werden, daß der Beschränkung der Abschichtungsforderung keine Schenkungsabrede der Gesellschafter zugrunde liegt[4]. Die in der Beschränkung steckende vermögensrechtliche Zuwendung an die verbleibenden Mitglieder der OHG[5] kann daher der Pflichtteilsergänzung nicht unterworfen werden.
Da die gesellschaftsvertragliche Disposition über den Abschichtungsanspruch auch vom ordentlichen Pflichtteilsrecht nicht erfaßt wird[6], ist der durch Tod ausscheidende Gesellschafter in der Lage, durch Verfügungsgeschäft auf den Todesfall Vermögensrechte den überlebenden Gesellschaftern "pflicht-

---

1) Der Erbe ist nicht verpflichtet, soweit er gem. § 2328 BGB wegen seines eigenen Pflichtteils die Ergänzung verweigern kann, ferner, wenn er nur beschränkt haftet und der Nachlaß nach Befriedigung der vorgehenden Gläubiger nicht hinreicht oder wenn der Erbe zwar unbeschränkt haftet, der Ergänzungsbetrag jedoch weder aus dem Nachlaß noch aus dem persönlichen Vermögen des Erben beigetrieben werden kann. - vgl. Kipp-Coing § 13 VI, S. 65/66; - vgl. auch Bartholomeychik, ErbR, § 47 V 2, der jedoch eine Beanspruchung des Beschenkten bei Zahlungsunfähigkeit des unbeschränkbar haftenden Erben ablehnt.
2) vgl. hierzu Bartholomeyczik, ErbR, § 47 V 1c, S. 309;
3) vgl. oben S.14ff; 82;
4) vgl. oben S.224 f;
5) vgl. oben S.220 f;
6) vgl. oben S.219; 262;

teilssicher" zuzuwenden.

Wird die Fortsetzung der Mitgliedschaft außerhalb des Erbrechts durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit Wirkung auf den Todesfall erreicht[1] und erfolgt die Zuwendung unentgeltlich[2], so ist der Wert der Mitgliedschaft unter Beachtung der zeitlichen Grenzen des § 2325 III 1.Halbs. BGB für die Pflichtteilsergänzung heranzuziehen.
Hatte die Mitgliedschaft zur Zeit des Leistungsvollzuges[3] einen geringeren Wert als im Zeitpunkt des Erbfalls, so ist der erstere maßgebend (§ 2325 II 2 BGB). - Das Erfordernis einer auf zwei verschiedene Zeitpunkte abstellenden Bewertung ist außerordentlich mißlich.

Gestaltet sich der Nachfolgevorgang in der Weise, daß die Gesellschafterstellung in der Person des Nachfolgers neu begründet wird[4] und konnte der Abschichtungsanspruch, der dem Nachfolger durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall und den Eintrittszeitpunkt schenkweise[5] zugewendet wird, bei der Feststellung des ordentlichen Pflichtteils nicht - oder nur einstweilen[6] - berücksichtigt werden, so greift das außerordentliche Pflichtteilsrecht ein, falls nicht zur Zeit des Erbfalls zehn Jahre seit dem Leistungsvollzug[7] verstrichen sind (§ 2325, insbesondere Abs. III 1.Halbs. BGB).

In der Zusammenfassung ergibt sich das Bild, daß der Pflichtteilsergänzungsanspruch in den zeitlichen und sachlichen Grenzen der gesetzlichen Vorschriften[8] die Mitgliedschaft oder den Abschichtungsanspruch erfaßt, soweit diese Gegenstand einer schenkweise erfolgenden und auf den Todesfall bzw. Eintrittszeitpunkt abstellenden Verfügung unter Lebenden sind.

---

1) vgl. oben S. 150 ff; 176 f; 189;
2) vgl. oben S. 174; 188;
3) wegen der diesbezüglichen Prüfung vgl. oben S. 175 f und S. 188
4) vgl. oben S. 190 ff;
5) vgl. oben S. 202; 205; 212;
6) vgl. oben S. 229;
7) vgl. hierzu oben S. 202; 205 f; 213
8) hier interessieren hauptsächlich die §§ 2325, 2328, 2329 BGB.

Soweit es der Gestaltung des Personenwechsels gelingt, die Mitgliedschaft oder den Abschichtungsanspruch des Verstorbenen außerhalb des Erbrechts schenkweise auf den Nachfolger zu übertragen, wird dem Pflichtteilsberechtigten im Wege der Pflichtteilsergänzung angemessener Schutz zuteil.

Abschließende Betrachtung

Die Untersuchung befaßte sich im ersten Hauptteil der Arbeit mit der Frage, wie sich Gesellschafter einer OHG bei unterschiedlichen Interessenlagen die Gestaltung des Personenwechsels im Todesfall vorstellen und inwieweit eine rechtliche Verwirklichung möglich ist.

Eine Beantwortung ist mit größerer Eindeutigkeit möglich als dies vielfach angenommen wird.

Wird das Erbrecht zur Verwirklichung des Gesellschafterwillens herangezogen, so ist zunächst von Bedeutung, daß die Gesellschafterstellung im Erbgang nicht in Vermögensrechte einerseits und unvererbliche Verwaltungsbefugnisse andererseits aufgespalten wird[1]. Die entgegengesetzte Auffassung kann sich mit Erfolg weder auf den höchstpersönlichen Charakter der Mitgliedsrechte[2] noch auf den vermögensrechtlichen Zuschnitt des Erbrechts[3] berufen. Die Mitgliedschaft nimmt auch nicht lediglich als Summe von Rechten und Pflichten an der Erbfolge teil, sondern als einheitlicher Rechtsgegenstand[4]. Diese Erkenntnis bewahrt vor Lösungsversuchen, die dem Willen der Gesellschafter nicht gerecht werden[5].

Die Erklärung des Einzelerwerbs der Mitgliedschaft als von § 139 HGB anerkannte Sondererbfolge[6] erweist sich als klarer Weg, der frei von komplizierten Konstruktionen ist.

Hinsichtlich der quantitativen Zuweisung der Mitgliedsstel-

1) vgl. oben S. 103;
2) vgl. oben S. 102;
3) vgl. oben S. 102 f;
4) vgl. oben S. 104;
5) vgl. oben S. 102; 113 ff; 115 ff; 137 f;
6) vgl. oben S. 130 f;

lung[1] stoßen Gesellschaftsrecht und Erbrecht besonders dicht aufeinander. Hier ist zu beachten, daß die kapitalmäßige Ausstattung der erbrechtlich erworbenen Mitgliedschaft zum übereinstimmend erklärten Gesellschafterwillen nicht im Widerspruch stehen kann[2]. Als Maßstab der wertmäßigen Zuweisung dürfte der Erbanteil ohne weiteres nicht in Betracht kommen[3].

Soll nur einer von mehreren Miterben die Mitgliedschaft des Verstorbenen fortsetzen[4], so sind die Gesellschafter nicht genötigt, die von der Nachfolge ausgeschlossenen Miterben "im Regelfall in Höhe der Erbquote auszuzahlen"[5]; denn die Berufung auf den Erbanteil reicht für eine kapitalmäßige Teilzuweisung nicht aus[6] und Abfindungsansprüche lassen sich in diesem Falle auch nicht aus § 738 BGB herleiten[7].

Ob Ansprüche der übrigen Miterben zur Entstehung gelangen oder nicht, bestimmt sich ausschließlich nach dem Gesellschaftsvertrag[8]. Läßt dieser die Ausdeutung zu, der Kapitalanteil des Erblassers solle dem Miterben, der die Mitgliedschaft fortsetzt, uneingeschränkt zustehen, so erhält der Nachfolger die Gesellschafterstellung mit voller Kapitalausstattung[9]. Hierzu bedarf es nicht eines "mitgliedschaftsverstärkenden" Vertrages mit den übrigen Gesellschaftern, wie der BGH meint[10]. Der Erwerb vollzieht sich im Wege der Erbfolge auf Grund gesonderter erbrechtlicher Zuordnungsänderung[11].

Außer dem Vorgang der Beerbung kommt der Verfügungsvertrag unter Lebenden auf den Todesfall[12] als Tatbestand in Betracht, der die Fortsetzung der Mitgliedschaft durch einen oder mehrere Nachfolger zu bewirken in der Lage ist. Sowohl ein Vertrag zwischen dem derzeitigen Gesellschafter und dem künftigen Nachfolger als auch eine Verfügung aller Gesellschafter über die Mitgliedschaft mit Wirkung für den Dritten

---

1) vgl. oben S. 131 ff;
2) vgl. oben S. 133 f;
3) vgl. oben S. 135 f; 140 f;
4) vgl. oben S. 137 ff;
5) a.A.: Fischer, LM Nr. 1 zu § 139 HGB (S. 434);
6) vgl. oben S. 140 f;
7) vgl. oben S. 141 f;
8) vgl. oben S. 145 f;
9) vgl. oben S. 148 f;
10) vgl. oben S. 147/148;
11) vgl. oben S. 149;
12) vgl. oben S. 150 ff;

können rechtlich anerkannt werden, wenn die jeweiligen Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Unüberwindliche rechtliche Hindernisse bestehen nicht[1].

Doch zeichnen sich hier auch die Grenzen der rechtlichen Gestaltungsverwirklichung ab.
Tatbestandliche Voraussetzungen[2] müssen erfüllt werden, die erhebliche Anforderungen an den rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten stellen.
Um die rechtlichen Interessen der Nachlaßbeteiligten zu schützen, macht das Gesetz die Wirksamkeit schenkweise eingeleiteter Zuwendungsakte auf den Todesfall von einem bereits zu Lebzeiten erbrachten Vermögensopfer abhängig[3].
Das verlangt eine frühzeitige Bindung des seine Nachfolge regelnden Gesellschafters[4], die vielfach dem wirklichen Willen - auch der übrigen Gesellschafter - nicht entsprechen und den tatsächlichen Gegebenheiten nicht angemessen sein wird.
Ähnliche Grenzen der Verwirklichung tauchen auf, wenn die Mitgliedschaft in der Person des Nachfolgers neu begründet[5] und diesem der Abschichtungsanspruch des durch Tod ausscheidenden Gesellschafters durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall zugewiesen werden soll[6].

Doch auch bei der bloßen Fortbestandsgestaltung - ohne Nachfolgeregelung - ist die Verwirklichung des Gestaltungswillens der Gesellschafter nicht uneingeschränkt möglich, soweit es um den Abschichtungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters bzw. der Erben geht[7].

Hier sind andere Gründe maßgebend als in den vorgenannten Fällen. - Die Gesetzesregelung[8] verfolgt den Grundsatz formaler Gerechtigkeit und sieht eine Wertaufteilung des Gesellschaftsvermögens gleichmäßig für den ausscheidenden und jeden weiteren Gesellschafter vor. Den differenzierten

---

1) vgl. oben S. 176 f; 189;
2) vgl. oben S. 154 ff; 157;
3) vgl. oben S. 173 ff; 185 ff;
4) vgl. oben S. 154 f; 157;
5) vgl. oben S. 190 ff;
6) vgl. oben S. 193 ff; 199 ff;
7) vgl. oben S. 12 ff; 62 ff; 81 ff;
8) vgl. oben S. 19 ff;

Gestaltungswillen der Gesellschafter[1] kann das Gesetz nur im beschränkten Maße vollziehen[2].
Da die gesetzliche Regelung in der Wertfindung selbst aus verschiedenen Gründen weder ein eindeutiges Ergebnis gewährleistet[3] noch eine frühzeitige Berechnung ermöglicht[4], bleibt das Interesse der Gesellschafter an einer weitgehend überschaubaren Abfindung unbefriedigt[5].

Der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung bietet sich ein weiter Raum[6]. - Auch auf diese Weise läßt sich die Vorstellung der Gesellschafter nicht gänzlich realisieren, wenn es auf tatsächliche Ausgangsgrößen ankommt, die nicht eindeutig und unauswechselbar beziffert werden können[7].

Auf das Ganze gesehen bietet sich das Bild einer Gestaltung, das oft klarer ist und über eine größere Spannweite rechtlicher Möglichkeiten verfügt, als vielfach angenommen wird. Doch treten auch die Grenzen offen zutage, die sich aus unterschiedlichen Gesichtspunkten ergeben.

Im zweiten Hauptteil der Arbeit wurden die Auswirkungen auf das Pflichtteilsrecht erörtert[8].

Die Gestaltung des Personenwechsels auf den Todesfall muß die Rechtsfolgen, wie sich aus der Geltung des Pflichtteilsrechts ergeben, weitgehend hinnehmen und als kaum beeinflußbaren Faktor in die Überlegungen einbeziehen.
Der Pflichtteilsanspruch kann hinsichtlich der Höhe und der Auszahlung gesellschaftsvertraglich nicht beschränkt werden.

Wohl können Vermögenswerte im begrenzten Rahmen vor einer Einbeziehung in die Pflichtteilsberechnung bewahrt werden. - Der durch Tod ausscheidende Gesellschafter ist in der Lage, durch Verfügungsgeschäft auf den Todesfall Vermögensrechte den überlebenden Gesellschaftern "pflichtteilssicher" zuzuwenden[9].

---

1) vgl. oben S.12 ff;
2) vgl. oben S.62 ff;
3) vgl. oben S.64 ff;
4) vgl. oben S.65 f;
5) vgl. oben S.16 f; 65f;
6) vgl. oben S.66 ff;
7) vgl. oben S.81 f;
8) vgl. oben S.217 ff;
9) vgl. oben S.219; 262;264;

Im Falle der Fortsetzung der Mitgliedschaft wird die Bewertungsproblematik über das Pflichtteilsrecht an die Gesellschafter herangetragen[1].
Sieht der Gesellschaftsvertrag Abfindungsklauseln für den Fall des Ausscheidens vor, kann dem Gesellschaftererben ein Leistungsverweigerungsrecht, das vor einem Ausscheiden mit dem geringeren Abschichtungsguthaben bewahren würde, nicht allgemein zuerkannt werden[2]. - Die Gefahr, daß eine Fortsetzungsgestaltung infolge des Zugriffs der Nachlaßgläubiger auf den Gesellschaftsanteil nachträglich zunichte gemacht wird, nimmt nicht deshalb generell ab, weil der Gesellschafter im Falle seines Ausscheidens ein geringeres Abschichtungsguthaben erhält als dem Vollwert der Mitgliedschaft entspricht. Der Interessengegensatz setzt sich daher fort und wird ausgetragen, wenn der Gesellschafter sich zum Ausscheiden veranlaßt sieht und eine Ermäßigung des Pflichtteilsanspruchs entsprechend der Abfindungsbeschränkung zu erreichen sucht[3].

Soweit die Gesellschafter Wege beschreiten, die das Erbrecht außer Geltung und Anwendung setzen sollen, können sie mit der milderen Herrschaft des außerordentlichen Pflichtteilsrechts nur rechnen, wenn die schenkweise eingeleitete Zuwendung an den vorgesehenen Nachfolger als zu Lebzeiten des Zuwendenden vollzogen gilt.

---

1) vgl. oben S. 232 ff;
2) vgl. oben S. 243 f;
3) vgl. oben S. 244 ff.

Lebenslauf

Am 10. Januar 1936 wurde ich als Sohn des Industrie-Kaufmanns Wilhelm Schmitz-Herscheidt und dessen Ehefrau Maria, geb. Overbuschmann, in Essen geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Im Jahre 1942 eingeschult, besuchte ich ab 1947 das altsprachliche Gymnasium in Bottrop, an dem ich im März 1956 die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommersemester desselben Jahres begann ich an der Universität Münster mit dem Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften. 1958 war ich an der Universität Bonn eingeschrieben. Im Mai 1960 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Hamm die Erste juristische Staatsprüfung.

In der Folgezeit setzte ich mein Studium der Wirtschaftswissenschaften an der Universität Münster fort.
1961 trat ich als Referendar in den juristischen Vorbereitungsdienst. Im April 1966 legte ich vor dem Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen die Zweite juristische Staatsprüfung ab.

Die mündliche Doktor-Prüfung fand statt am 2. Dezember 1966.

Ich bin als wissenschaftlicher Assistent des Herrn Prof. Dr. Westermann an der Universität Münster tätig.